

T-2696-80

T-2696-80

Smith, Kline & French Laboratories Limited, Smith, Kline & French Canada Ltd., Graham John Durant, John Colin Emmett and Charon Robin Ganellin (Plaintiffs)

v.

Attorney General of Canada (Defendant)

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, September 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 25, 26, 27; November 18, 1985.

Constitutional law — Distribution of powers — S. 41(4) Patent Act providing for grant of compulsory licences in respect of process patents for medicine — Purpose of legislation to reduce drug prices through competition thereby limiting patentees' monopoly rights — S. 41(4) intra vires Parliament as legislation in relation to "patents of invention and discovery" — Power of Parliament to limit scope of property right acquired under s. 41(4) — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4) — Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1), ss. 91(2),(22), 92(13).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — S. 41(4) Patent Act providing for compulsory licensing system in respect of patents for medicine — Legislation distinguishing between patentees of medicine and other patentees allegedly discriminatory — Twofold test: whether ends legitimate and whether means rationally related to achievement of ends — Legislation neither over-obtrusive in effect nor under-inclusive by limitation to prescription drugs — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 15(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — S. 41(4) Patent Act providing for grant of compulsory licences in respect of patents for medicine — Life, liberty and security of person related to bodily well-being of natural person — Not applicable to economic interests — Submission property rights implicitly protected by s. 7 rejected — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 7.

Bill of Rights — Enjoyment of property — Whether s. 41(4) Patent Act denying holders of medical patents enjoyment of

Smith, Kline & French Laboratories Limited, Smith, Kline & French Canada Ltd., Graham John Durant, John Colin Emmett et Charon Robin Ganellin (demandeurs)

c.

Procureur général du Canada (défendeur)

Division de première instance, juge Strayer—Ottawa, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 25, 26, 27 septembre; 18 novembre 1985.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'art. 41(4) de la Loi sur les brevets prévoit la délivrance de licences obligatoires en ce qui concerne les brevets de procédé couvrant des médicaments — L'objet de la loi est de réduire le prix des médicaments au moyen de la concurrence et de ce fait, de limiter les droits monopolistiques des titulaires de brevets — L'art. 41(4) n'outrepasse pas la compétence du législateur fédéral car il s'agit d'une disposition législative qui concerne les «brevets d'invention et de découverte» — Pouvoir du législateur fédéral de restreindre le droit de propriété acquis en vertu de l'art. 41(4) — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(4) — Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1), art. 91(2),(22), 92(13).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 41(4) de la Loi sur les brevets prévoit un système d'attribution de licences obligatoires en ce qui concerne les brevets couvrant des médicaments — On allègue qu'une loi établissant une distinction entre les titulaires de brevets couvrant des médicaments et les autres titulaires de brevets est discriminatoire — Il faut appliquer un critère qui comporte deux volets: la fin recherchée est-elle légitime et les moyens utilisés se rapportent-ils, d'une manière rationnelle, à la réalisation de cette fin? — La loi n'a pas des effets trop marqués ni une portée trop restreinte parce qu'elle ne vise que les médicaments d'ordonnance — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(4) — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 15(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 41(4) de la Loi sur les brevets prévoit la délivrance de licences obligatoires en ce qui concerne les brevets couvrant des médicaments — Les concepts de vie, liberté et sécurité de la personne se rapportent au bien-être physique d'une personne physique — Ils ne s'appliquent pas à des intérêts économiques — Rejet de l'argument suivant lequel les droits de propriété sont implicitement garantis par l'art. 7 — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(4) — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 7.

Déclaration des droits — Jouissance des biens — L'art. 41(4) de la Loi sur les brevets refuse-t-il la jouissance de biens

property — Determination to grant compulsory licences amounting to “deprivation” of property — Property right acquired under s. 41(4) defeasible — Whether “due process” having substantive and procedural content — Substantive provisions of s. 41(4) not to be treated as inoperative on ground economically unfair to patentees of medicine — “Due process” broader than “fair hearing” — Due process providing means to rationally relate facts of case to criteria prescribed by Parliament — No denial of due process — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4) — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, ss. 1(b), 2(e).

Bill of Rights — Equality before law — S. 41(4) Patent Act limiting monopoly rights of patentees of medicine — No violation of s. 1(b) as legislation enacted for valid federal objective — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4) — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, s. 1(b).

Patents — Action for declaration plaintiffs entitled to enjoy benefits of inventions free from compulsory licence — S. 41(4) of Act prescribing compulsory licensing system in respect of patents for medicine — S. 41(4) *intra vires* Parliament — No denial of due process or equality before law — Economic interests excluded from s. 7 Charter protection — Legitimate policy objective: to reduce prices of drugs to public through competition — S. 41(4) procedure rationally related to achievement of ends — Impact of s. 15(1) Charter on s. 41(4) — Action dismissed — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 12, 41(3),(4),(11), 66, 67, 68.

This is an action for a declaration that the plaintiffs are entitled to enjoy benefits in relation to inventions for medicine, free of any compulsory licence under subsection 41(4) of the *Patent Act*. The plaintiffs argue that subsection 41(4) (1) is *ultra vires* the Parliament of Canada, (2) is inconsistent with paragraphs 1(a) and (b) of the *Canadian Bill of Rights*, and (3) denies them rights guaranteed by section 7 and subsection 15(1) of the Charter.

The facts of the case, as well as a review of the evidence, have been summarized in the Editor's Note *infra*.

Held, the action should be dismissed.

(1) Distribution of powers

The plaintiffs submit that the purpose of subsection 41(4) being the regulation of prices, the legislation is a law relating to “property and civil rights”, a matter within provincial jurisdiction, not a law relating to “patents of invention and discovery”, a matter assigned to Parliament. To determine the issue, it was

aux détenteurs de brevets couvrant des médicaments? — La décision d'accorder des licences obligatoires équivaut à la «privation» d'un bien — Le droit de propriété acquis en vertu de l'art. 41(4) peut être brisé — L'expression «application régulière de la loi» porte-t-elle sur le fond et sur la procédure? — Il ne faut pas considérer inopérantes les dispositions de fond de l'art. 41(4) pour le motif qu'elles sont injustes sur le plan économique à l'égard des titulaires de brevets couvrant des médicaments — Le concept de «l'application régulière de la loi» est plus large que celui d'une «audition impartiale» — L'application régulière de la loi prévoit un moyen de rapprocher, d'une manière rationnelle, les faits de l'affaire des critères prescrits par le Parlement — Aucun déni de l'application régulière de la loi — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(4) — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, chap. 44, art. 1b), 2e).

Déclaration des droits — Égalité devant la loi — L'art. 41(4) de la Loi sur les brevets restreint les droits monopolistiques des titulaires de brevets couvrant des médicaments — Aucune violation de l'art. 1b) car la disposition législative adoptée vise un objectif fédéral régulier — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(4) — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, chap. 44, art. 1b).

Brevets — Action visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que les demandeurs ont droit de retirer les bénéfices de leurs inventions, francs de toute licence obligatoire — L'art. 41(4) de la Loi prévoit un système d'attribution de licences obligatoires en ce qui concerne les brevets couvrant des médicaments — L'art. 41(4) n'outrepasse pas la compétence du législateur fédéral — Aucun déni du droit à l'application régulière de la loi ou à l'égalité devant la loi — Les intérêts économiques sont exclus de la protection garantie par l'art. 7 de la Charte — Objectif gouvernemental légitime: réduire le prix des médicaments pour le public grâce à la concurrence — La procédure prévue à l'art. 41(4) se rapporte d'une manière rationnelle à la réalisation de cet objectif — Répercussions de l'art. 15(1) de la Charte sur l'art. 41(4) — Action rejetée — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 12, 41(3),(4), (11), 66, 67, 68.

La présente action vise à obtenir un jugement déclaratoire portant que les demandeurs ont droit de retirer les bénéfices qui leur reviennent d'inventions couvrant des médicaments, francs de toute licence obligatoire prévue au paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets*. Les demandeurs allèguent que ledit paragraphe (1) est inconstitutionnel, (2) qu'il est incompatible avec les alinéas 1a) et b) de la *Déclaration canadienne des droits*, et (3) qu'il porte atteinte aux droits qui leur sont garantis par l'article 7 et le paragraphe 15(1) de la Charte.

Les faits ainsi que l'examen des éléments de preuve présentés ont été résumés dans la note de l'arrêviste qui suit le présent sommaire.

Jugement: l'action est rejetée.

(1) Partage des pouvoirs

Les demandeurs soutiennent que, étant donné que le but du paragraphe 41(4) est la réglementation des prix, cette disposition législative constitue une règle de droit qui se rapporte à «la propriété et [aux] droits civils», une matière attribuée aux provinces, et non aux «brevets d'invention et de découverte»,

necessary to examine first the object of the legislation and then its effect.

The object of the legislation is to avoid a monopoly, thereby permitting competition and reducing the price of medicine. Viewed as such, the courts have held the legislation to be *intra vires* Parliament.

It was then considered whether the evidence in the instant case could lead to a different conclusion. The Court found that patentees of medicine do indeed suffer a loss of profits in comparison with those they might have expected to make in Canada had the patents been obtained under a law giving exclusivity for a 17-year period. It cannot be said, however, that in bringing about such a result, Parliament invaded provincial jurisdiction.

Parliament is not precluded from creating or regulating property in the course of exercising its enumerated powers. Its authority with respect to "patents of invention and discovery" therefore enables it to create a monopoly for one party and to exclude other parties from the use, manufacture, sale or importation of products which are the subject of a patent. If there is an objection to such a distinction it must be found, if anywhere, in section 15 of the Charter.

There is no common law right to a patent. The right is created by an Act of Parliament, and in this case, Parliament has chosen to restrict the extent of the monopoly granted to patentees of medicine. There is nothing constitutionally ordained that the period of exclusivity must be 17 years in the absence of abuse as defined in the statute.

The principle that Parliament cannot, in the exercise of its authority under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867* with respect to "the regulation of trade and commerce", regulate the contracts of a particular business or trade within a province, has no relevance in the present case. Parliament is here exercising a power relating to patents and in so doing may well deal with such contracts as long as the law is otherwise a legitimate patent law. Furthermore, subsection 41(4) is not a law in relation to prices although one of its objects is to bring about a reduction in prices. The fact that the exercise of a federal power affects prices does not make it invalid. Whether the economic effects of subsection 41(4) on patentees are fair or unfair is not relevant to the question of distribution of powers nor is it a matter for the Court to determine.

(2) *Canadian Bill of Rights, paragraph 1(a)*

The plaintiffs contend that subsection 41(4) is inconsistent with paragraph 1(a) in that it has the effect of denying them the enjoyment of their property without due process of law.

The term "individual" in paragraph 1(a) does not include bodies corporate. Therefore, the corporate plaintiffs have no claim under that paragraph. The individual plaintiffs, on the other hand, have standing to seek a declaration as to the impact of the Bill of Rights on subsection 41(4). They are still

une matière attribuée au législateur fédéral. Pour trancher cette question, il a été nécessaire d'examiner d'abord l'objet de la disposition législative et ensuite, son effet.

Cette disposition législative a pour objet d'éviter la création d'un monopole pour ainsi favoriser la concurrence et réduire le prix des médicaments. Les tribunaux ont statué qu'elle est constitutionnelle si on l'interprète de la sorte.

Il a fallu ensuite examiner si, en l'espèce, la preuve permettait une conclusion différente. La Cour a conclu que les titulaires de brevets couvrant des médicaments se voient privés de profits en comparaison de ceux qu'ils auraient pu s'attendre à réaliser au Canada s'ils avaient obtenu leurs brevets en vertu d'une loi conférant une période d'exclusivité pendant 17 ans. On ne peut toutefois affirmer qu'en amenant un tel résultat, le législateur fédéral a empiété sur la compétence des provinces.

Rien n'empêche le législateur fédéral de créer ou de régler le droit de propriété dans l'exercice de ses pouvoirs énumérés. Son pouvoir sur les «brevets d'invention et de découverte» l'habilite donc à créer un monopole en faveur d'une partie et à interdire aux autres parties d'utiliser, de fabriquer, de vendre ou d'importer des produits qui font l'objet d'un brevet. S'il existe quelque objection à cette distinction, c'est l'article 15 de la Charte qui en sera le fondement.

Il n'existe aucun droit à un brevet en vertu de la *common law*. Ce droit est créé par le législateur fédéral et, en l'espèce, ce dernier a restreint l'étendue du monopole accordé aux titulaires de brevets couvrant des médicaments. Rien dans la Constitution ne prescrit que la période d'exclusivité doit être de 17 ans en l'absence d'abus tel que défini dans la loi.

Le principe suivant lequel le législateur fédéral ne peut, dans l'exercice du pouvoir que lui confère le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui a trait à «la réglementation des échanges et du commerce», réglementer les contrats d'une entreprise ou d'un commerce particuliers dans une province n'est pas pertinent en l'espèce. Le Parlement exerce dans la présente affaire son pouvoir en matière de brevets et ce faisant, il peut très bien viser ce genre de contrats tant que la loi est par ailleurs une loi qui relève bien du domaine des brevets. De plus, le paragraphe 41(4) ne constitue pas une disposition législative relative aux prix même si l'un de ses objectifs est d'entraîner une réduction des prix. L'exercice d'un pouvoir fédéral n'est pas invalide parce qu'il a un effet sur les prix. La question de savoir si les répercussions économiques du paragraphe 41(4) sur les brevetés sont justes ou non n'est pas pertinente à l'égard de la question du partage des pouvoirs et n'est pas non plus une question qu'il incombe à la Cour de trancher.

(2) *Déclaration canadienne des droits, alinéa 1a)*

Les demandeurs soutiennent que le paragraphe 41(4) est incompatible avec l'alinéa 1a) en ce qu'il a pour effet de leur refuser la jouissance d'un bien autrement que par l'application régulière de la loi.

Le terme «individu» qui figure à l'alinéa 1a) ne comprend pas les personnes morales. Par conséquent, les sociétés demandereses n'ont aucun droit d'action en vertu de cet alinéa. Par contre, les particuliers demandeurs ont l'intérêt nécessaire pour demander un jugement déclaratoire concernant les répercussions de la

potential inventors and the value of their services, past and future, is affected by this law.

The *Patent Act* has, since 1923, conferred on patents related to medicine a 17-year monopoly, but one which is defeasible, i.e. subject to the Commissioner's and the applicants' decisions as to the obtaining and the granting of compulsory licences. The defendant's argument that the grant of a compulsory licence is not a "deprivation" of property is, however, rejected. The effect of the Commissioner's determination that the conditions prescribed by subsection 41(4) for the issue of a compulsory licence have been met is to permit the impairment of the initial monopoly granted to the patentee. This determination must be regarded as a "deprivation of property" in order to give the Bill of Rights a liberal interpretation. To adopt the narrower view of the word "deprived" as it appears in paragraph 1(a) would mean that any advantage terminable at the discretion of an official could not result in a deprivation so as to attract the safeguards of paragraph 1(a) of the Bill of Rights or section 7 of the Charter.

The plaintiffs contend that there is a denial of substantive due process on the ground that subsection 41(4) precludes adequate compensation, and of procedural due process on the ground that the Commissioner is allowed to determine his own procedure.

The proposition that any law which reduces the profitability of one sector of an industry and enhances the profitability of another is per se contrary to "due process" could not be accepted. There is very little in the Canadian case law to suggest that paragraph 1(a) authorizes any court to treat the substantive provisions of subsection 41(4) as inoperative on the ground that it is unfair in an economic sense to patentees of medicine.

With respect to whether subsection 41(4) denies "due process" in the procedural sense, the Federal Court of Appeal has clearly held that the subsection is not inconsistent with paragraph 2(e) of the Bill of Rights which provides for a fair hearing "in accordance with the principles of fundamental justice". The concept of procedural "due process" was seen by the Court as being broader than that of a "fair hearing". Due process requires, in addition to a fair hearing, a total process which provides, for the making of a decision authorized by law, a means for rationally relating the facts in the case to criteria legally prescribed by Parliament. The Commissioner is expected to apply his own knowledge as well as that gained from the particular proceedings and is to have a wide measure of discretion which the courts will not interfere with unless his decision is manifestly wrong. Given the nature of the process prescribed by subsection 41(4), it is not possible to say that the procedure is irrational or unsuitable for making the necessary connection between the relevant facts and the conclusions dependent on those facts.

(3) *Canadian Bill of Rights, paragraph 1(b)*

The plaintiffs argue denial of "equality before the law" on the ground that holders of medical patents do not enjoy the

Déclaration des droits sur le paragraphe 41(4). Ils sont toujours des inventeurs en puissance et la valeur de leurs services, passés et à venir, sera touchée par cette loi.

Pour ce qui est des brevets couvrant des médicaments, la *Loi sur les brevets* confère, depuis 1923, un monopole de 17 ans qui peut toutefois être brisé, c'est-à-dire qu'il reste assujéti aux décisions du commissaire et des requérants en ce qui a trait à l'obtention et à l'octroi de licences obligatoires. La Cour rejette cependant l'argument du défendeur suivant lequel la délivrance d'une licence n'est pas la «privation» d'un bien. Le fait pour le commissaire de décider que les conditions prescrites par le paragraphe 41(4) pour la délivrance d'une licence obligatoire ont été satisfaites a pour conséquence de permettre l'affaiblissement du monopole initial conféré au breveté. Si on veut donner une interprétation libérale à la Déclaration des droits, il faut considérer que cette décision entraîne la «privation d'un bien». Si on adoptait l'interprétation plus étroite du terme «privé» ainsi qu'il figure à l'alinéa 1a), cela signifierait que tout avantage auquel un fonctionnaire peut, à sa discrétion, mettre fin ne pourrait se traduire par une privation faisant intervenir les garanties prévues à l'alinéa 1a) de la Déclaration des droits ou à l'article 7 de la Charte.

Les demandeurs prétendent qu'il y a refus de l'application régulière de la loi quant au fond parce que le paragraphe 41(4) empêche une compensation adéquate, et de l'application régulière de la loi quant à la procédure car le commissaire est autorisé à décider de sa propre procédure.

La Cour ne pouvait accepter l'argument suivant lequel toute loi qui réduit la rentabilité d'un secteur d'une industrie tout en augmentant celle d'un autre secteur est en soi contraire à «l'application régulière de la loi». La jurisprudence canadienne contient très peu d'éléments qui permettent de croire que l'alinéa 1a) autorise un tribunal à considérer inopérantes les dispositions de fond du paragraphe 41(4) pour le motif qu'elles sont injustes sur le plan économique à l'égard des titulaires de brevets couvrant des médicaments.

Pour ce qui est de la question de savoir si le paragraphe 41(4) porte atteinte à «l'application régulière de la loi» au sens procédural, la Cour d'appel fédérale a clairement jugé que ce paragraphe n'est pas incompatible avec l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits qui prévoit la tenue d'une audition impartiale «selon les principes de justice fondamentale». La Cour a considéré que le concept de «l'application régulière de la loi» quant à la procédure est plus large que celui d'une «audition impartiale». L'application régulière de la loi exige, outre une audition impartiale, un processus complet prévoyant, pour la prise d'une décision autorisée par la loi, un moyen qui permette de rapprocher, d'une manière rationnelle, les faits de l'affaire des critères prescrits par la loi, en l'occurrence par le Parlement. On s'attend à ce que le commissaire fasse appel à ses propres connaissances ainsi qu'à celles acquises au cours des procédures de la cause et il doit jouir d'un vaste pouvoir discrétionnaire à l'égard duquel les tribunaux n'interviendront pas à moins que sa décision ne soit manifestement erronée. Étant donné la nature de la procédure prescrite par le paragraphe 41(4), il est impossible d'affirmer que cette procédure est illogique ou impropre à l'établissement du lien nécessaire entre les faits pertinents et les conclusions fondées sur ces faits.

(3) *Déclaration canadienne des droits, alinéa 1b)*

Les demandeurs allèguent qu'on leur refuse «l'égalité devant la loi» pour le motif que les titulaires de brevets couvrant des

exclusivity of their invention which other patentees enjoy for a period of 17 years. It is well established that legislation which creates distinctions between individuals does not offend paragraph 1(b) if it has been enacted for some "valid federal objective". The Court is satisfied that subsection 41(4) is related to a valid federal objective.

(4) *Charter, section 7*

Both the corporate and individual plaintiffs are potentially entitled to the protection of section 7 on the basis that it applies to "everyone". However, subsection 41(4) does not involve the "liberty" or "security of the person" of any of the plaintiffs. The concepts of "life, liberty and security of the person" take on a colouration by association with each other and have to do with the bodily well-being of a natural person. As such they are not apt to describe any rights of a corporation nor are they apt to describe purely economic interests of a natural person. The terms "liberty" and "security of the person" refer to freedom from arbitrary arrest or detention. The contention that property rights are implicitly protected by section 7 is equally precluded by the Court's characterization of the words "life, liberty and security of the person".

(5) *Charter, subsection 15(1)*

The corporate plaintiffs do not have standing to raise the issue of section 15 in that it applies only to "every individual". Only the individual plaintiffs, as inventors of the drug, have a sufficient interest to invoke section 15 since, as applied to them now or in the future, and as applied to other inventors, subsection 41(4) may be in conflict with section 15 of the Charter.

The plaintiffs submit that they are subject to legislative distinctions which constitute discrimination on the basis that patentees of medicine are treated less favourably than other patentees.

The issue whether the impugned legislation *prima facie* conflicts with subsection 15(1) of the Charter was determined on the basis of the twofold test stated by McIntyre J. in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370: the ends must be among those broadly legitimate for a government, and the means must be rationally related to the achievement of those ends. The end sought to be achieved in subsection 41(4), i.e. the reduction of drug prices, was held to be a legitimate governmental objective. With respect to the second test, the onus was on the plaintiffs to demonstrate that the means were not appropriate. The duty of the Court is to see whether the means chosen are patently unsuited or inappropriate for the purpose; in the negative, the choice of Parliament should be respected.

The plaintiffs contend that subsection 41(4) is not a rational mechanism because it is over-obtrusive in its effects on patentees, and under-inclusive by its limitation to prescription drugs.

médicaments ne jouissent pas de l'exclusivité de leurs inventions pendant 17 ans comme c'est le cas des autres brevetés. Il est bien établi qu'une loi qui crée des distinctions entre les individus ne contrevient pas à l'alinéa 1b) si elle a été adoptée en cherchant l'accomplissement d'un «objectif fédéral régulier». La Cour est convaincue que le paragraphe 41(4) vise un objectif fédéral régulier.

(4) *Charte, article 7*

Les personnes morales demanderesse et les particuliers demandeurs ont potentiellement droit à la protection de l'article 7 étant donné qu'il s'applique à «chacun». Toutefois, le paragraphe 41(4) ne vise ni la «liberté» ni la «sécurité de [la] personne» de l'un ou l'autre des demandeurs. Le fait d'associer les concepts de «vie . . . liberté et . . . sécurité de sa personne» en colore le sens et ceux-ci se rapportent au bien-être physique d'une personne physique. Comme tels, ils ne permettent pas de décrire les droits d'une société ni de décrire les intérêts purement économiques d'une personne physique. Les termes «liberté» et «sécurité de sa personne» visent le droit à la liberté à l'encontre des arrestations ou détentions arbitraires. La manière dont la Cour a qualifié les termes «vie . . . liberté et . . . sécurité de sa personne» exclut l'argument selon lequel les droits de propriété sont implicitement garantis par l'article 7.

(5) *Charte, paragraphe 15(1)*

Les sociétés demanderesse n'ont pas qualité pour soulever la question de l'article 15 puisqu'il ne s'applique qu'à «every individual». Seuls les particuliers demandeurs possèdent, à titre d'inventeurs du médicament, un intérêt suffisant pour invoquer l'article 15 vu que, de la façon dont il s'applique ou s'appliquera à leur égard, et de la façon dont il est appliqué à d'autres inventeurs, le paragraphe 41(4) peut être incompatible avec l'article 15 de la Charte.

Les demandeurs soutiennent qu'ils font l'objet dans la loi de distinctions discriminatoires en ce que les titulaires de brevets couvrant des médicaments sont traités de façon moins favorable que les autres titulaires de brevets.

La question de savoir si la disposition législative contestée contrevient, à première vue, au paragraphe 15(1) de la Charte a été tranchée sur le fondement d'un critère comportant deux volets et dégagé par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370: d'une part, la fin recherchée doit faire partie de celles qu'il est, d'une façon générale, légitime pour un gouvernement de rechercher et, d'autre part, les moyens utilisés doivent se rapporter, d'une manière rationnelle, à la réalisation de cette fin. La Cour a statué que la fin recherchée au paragraphe 41(4), c'est-à-dire la réduction du prix des médicaments, constitue un objectif gouvernemental légitime. Pour ce qui est du deuxième volet du critère, il incombe aux demandeurs de prouver que les moyens utilisés n'étaient pas appropriés. Le rôle de la Cour est d'examiner si les moyens choisis sont manifestement inappropriés eu égard à la fin recherchée et, au cas contraire, le choix du Parlement devrait être respecté.

Les demandeurs soutiennent que le paragraphe 41(4) ne constitue pas un mécanisme rationnel parce qu'il a des effets trop marqués sur les titulaires de brevets et une portée trop

The plaintiffs have been unable to provide clear evidence as to the impact on patentees of subsection 41(4). They have demonstrated that research and development is expensive and that the costs are probably not recouped until several years after the drug reaches the market. However, this does not prove that compulsory licensing is overwhelmingly oppressive and out of proportion to the public benefits.

One aspect of the complaint related to the fact that since 1969 the royalty has always been fixed at 4%. The courts have generally upheld those awards and have in effect approved a "rule of thumb" of 4%. The Commissioner has never fettered his discretion to fix, in a proper case, a royalty at a different rate. It would be inappropriate for this Court to declare all previous decisions invalid simply because they all have come to the same conclusion. The amount of royalty remains subject to challenge with respect to each case as it arises. The plaintiffs have failed to discharge the onus of establishing that the legislation is so oppressive on them and others in a similar position that it cannot be seen as a means proportional to a legitimate governmental end.

The plaintiffs' contention, that subsection 41(4) is under-inclusive as regulating prescription drugs only, fails. Subsection 41(4) is cast broadly enough to cover any patent for "medicine". The problem sought to be addressed by Parliament was that of high drug prices. One of the principle causes for such prices was found to be patent protection for such drugs. The selection of the broad category of "medicine" as covered in subsection 41(4) cannot be seen as capricious.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Bell-Craig Pharmaceuticals Division of L. D. Craig Ltd., [1965] 2 Ex.C.R. 266, affirmed [1966] S.C.R. 313; *Lilly v. S & U Chemicals Ltd.* (1973), 9 C.P.R. (2d) 17 (F.C.A.); *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *American Home Products Corporation v. Commissioner of Patents et al.* (1983), 71 C.P.R. (2d) 9 (F.C.A.); *Merck & Co. v. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1974] S.C.R. 839; (1972), 4 C.P.R. (2d) 193, reversing (1971), 65 C.P.R. 99 (Ex. Ct.); *Balderstone v. R.; Play-All Ltd. v. A.G. Man.*, [1983] 1 W.W.R. 72 (Man. Q.B.), affirmed [1983] 6 W.W.R. 438 (Man. C.A.); *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745 (C.A.); *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370.

APPLIED:

American Home Products Corp. v. Commissioner of Patents (1970), 62 C.P.R. 155 (Ont. C.A.).

restreinte dans la mesure où il ne vise que les médicaments d'ordonnance. Ils n'ont pas été en mesure de présenter des éléments de preuve clairs en ce qui a trait à l'effet du paragraphe 41(4) sur les titulaires de brevets. Ils ont démontré que la recherche et le développement sont des activités coûteuses et que les coûts ne sont probablement récupérés que plusieurs années après la mise sur le marché du médicament. Cependant, cela ne démontre pas que la délivrance de licences obligatoires est par trop oppressive et démesurément à l'avantage du public.

Un des aspects de la plainte est que, depuis 1969, la redevance a toujours été fixée à 4%. Les tribunaux ont généralement confirmé ces rémunérations et ont, en fait, approuvé une redevance empirique de 4%. Le commissaire n'a jamais limité son pouvoir discrétionnaire de fixer, dans un cas approprié, une redevance à un taux différent. Il ne serait pas opportun pour la Cour de déclarer que toutes les décisions antérieures ne sont pas valides du seul fait qu'elles sont toutes arrivées à la même conclusion. Le montant de la redevance demeure sujet à contestation chaque fois qu'un cas se présente. Les demandeurs ne se sont pas déchargés du fardeau qui leur incombait d'établir que cette disposition législative est si oppressive à leur égard et à l'égard de ceux qui sont placés dans une situation semblable qu'elle ne peut être considérée comme un moyen présentant une commune mesure avec un objectif gouvernemental légitime.

L'argument des demandeurs suivant lequel le paragraphe 41(4) a une portée trop restreinte parce qu'il ne réglemente que les médicaments d'ordonnance ne peut être retenu. Ledit paragraphe est rédigé en des termes suffisamment généraux pour couvrir tout brevet relatif à des «médicaments». Le problème auquel le législateur fédéral cherchait à s'attaquer était celui du prix élevé des médicaments. On a conclu que l'une des principales causes du prix élevé des médicaments était la protection dont jouissaient ceux-ci en vertu des brevets. On ne peut considérer que le choix de la large catégorie «médicaments» visée au paragraphe 41(4) est arbitraire.

JURISPRUDENCE

g DÉCISIONS SUIVIES:

Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Bell-Craig Pharmaceuticals Division of L. D. Craig Ltd., [1965] 2 R.C.É. 266, confirmée par [1966] R.C.S. 313; *Lilly c. S & U Chemicals Ltd.* (1973), 9 C.P.R. (2d) 17 (C.F. Appel); *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *American Home Products Corporation c. Commissaire des brevets et autre* (1983), 71 C.P.R. (2d) 9 (C.F. Appel); *Merck & Co. c. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1974] R.C.S. 839; (1972), 4 C.P.R. (2d) 193, infirmant (1971), 65 C.P.R. 99 (C. de l'É.); *Balderstone v. R.; Play-All Ltd. v. A.G. Man.*, [1983] 1 W.W.R. 72 (B.R. Man.), confirmée par [1983] 6 W.W.R. 438 (C.A. Man.); *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745 (C.A.); *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370.

j DÉCISION APPLIQUÉE:

American Home Products Corp. v. Commissioner of Patents (1970), 62 C.P.R. 155 (C.A. Ont.).

DISTINGUISHED:

Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors (1983), 41 O.R. (2d) 583 (H.C.J. Div. Ct.).

CONSIDERED:

The King v. Irving Air Chute, [1949] S.C.R. 613; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Eli Lilly and Co. v. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 536; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Frank W. Horner Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1970), 64 C.P.R. 93 (Ex. Ct.); *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Pfizer (Charles) & Co. Inc. v. Novopharm Ltd.* (1970), 65 C.P.R. 132 (Ex. Ct.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; 58 N.R. 81; *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] S.C.R. 219.

REFERRED TO:

American Home Products Corporation v. ICN Canada Limited, judgment dated July 3, 1985, Federal Court, Appeal Division, A-888-83, not yet reported; *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49; (1963), 25 Fox Pat. C. 99; *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734; 9 D.L.R. (4th) 393 (T.D.); *Staples v. National Parole Board*, [1985] 2 F.C. 438 (T.D.); *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Prata v. Minister of Manpower & Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Brar v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 F.C. 914 (C.A.); *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Le groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing Agency*, [1985] 1 F.C. 280; (1984), 14 D.L.R. (4th) 151 (T.D.); *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 562; 11 D.L.R. (4th) 337 (T.D.), affirmed [1984] 2 F.C. 889; 11 D.L.R. (4th) 387 (C.A.); *Re Becker and The Queen in right of Alberta* (1983), 148 D.L.R. (3d) 539 (Alta. C.A.).

COUNSEL:

Gordon F. Henderson, Q.C., Robert M. Nelson and Emma C. Hill for plaintiffs.
Derek Aylen, Q.C., Bruce Russell and Paul Lordon for defendant.

SOLICITORS:

Gowling & Henderson, Ottawa, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors (1983), 41 O.R. (2d) 583 (H.C.J. C. div.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

The King v. Irving Air Chute, [1949] R.C.S. 613; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Eli Lilly and Co. c. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 536; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Frank W. Horner Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1970), 64 C.P.R. 93 (C. de l'É.); *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Pfizer (Charles) & Co. Inc. v. Novopharm Ltd.* (1970), 65 C.P.R. 132 (C. de l'É.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; 58 N.R. 81; *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] R.C.S. 219.

DÉCISIONS CITÉES:

American Home Products Corporation c. ICN Canada Limited, jugement en date du 3 juillet 1985, Cour fédérale, Division d'appel, A-888-83, non encore publié; *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49; (1963), 25 Fox Pat. C. 99; *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734; 9 D.L.R. (4th) 393 (1^{re} inst.); *Staples c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1985] 2 C.F. 438 (1^{re} inst.); *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Brar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 C.F. 914 (C.A.); *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Le groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets*, [1985] 1 C.F. 280; (1984), 14 D.L.R. (4th) 151 (1^{re} inst.); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 562; 11 D.L.R. (4th) 337 (1^{re} inst.), confirmée par [1984] 2 C.F. 889; 11 D.L.R. (4th) 387 (C.A.); *Re Becker and The Queen in right of Alberta* (1983), 148 D.L.R. (3d) 539 (C.A. Alb.).

AVOCATS:

Gordon F. Henderson, c.r., Robert M. Nelson et Emma C. Hill pour les demandeurs.
Derek Aylen, c.r., Bruce Russell et Paul Lordon pour le défendeur.

PROCUREURS:

Gowling & Henderson, Ottawa, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.: This is an action for a declaration that the plaintiffs are entitled to enjoy their respective benefits in relation to inventions described in Canadian patent numbers 1,045,142 and 949,967, free and clear of any compulsory licence under subsection 41(4) of the *Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4. These declarations are sought on the basis that: the said subsection is *ultra vires* the Parliament of Canada; the said subsection is inoperative as being inconsistent with the provisions of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44; and is null and void as being contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B], as enacted by the *Canada Act 1982* (U.K. c. 11). The individual plaintiffs are inventors of the two inventions covered by these patents. The plaintiff Smith, Kline & French Laboratories Limited is a United Kingdom company by which they are employed and to which they assigned all their rights in the inventions. This company owns the Canadian patents in question. Smith, Kline & French Canada Ltd. is a Canadian company. As licensee it sells the medicine covered by the patent, whose generic name is Cimetidine but which is sold by Smith, Kline & French as Tagamet, a prescription drug used in the treatment of stomach ulcers. Both companies are "part of the Smith Kline world-wide group of companies", both being wholly-owned subsidiaries of a U.S. company which is in turn the subsidiary of Smith Kline Beckman Corporation, another U.S. company. Cimetidine is now the subject of several compulsory licences in Canada issued pursuant to subsection 41(4).

Issues

In order that the relevance of certain facts which I will set out below may be understood, it is necessary to consider first the principal issues raised in this action. This in turn requires that the provisions of subsection 41(4) of the *Patent Act* be set out. These are as follows:

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE STRAYER: La présente action vise à obtenir un jugement déclaratoire portant que les demandeurs ont droit de retirer les bénéfices qui leur reviennent respectivement des inventions décrites dans les brevets canadiens portant les numéros 1 045 142 et 949 967, francs de toute licence obligatoire prévue au paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, chap. P-4. Ils soutiennent à cette fin que ledit paragraphe est inconstitutionnel, qu'il est inopérant parce qu'il est incompatible avec les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, chap. 44, et qu'il est nul et non avenue parce qu'il contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B] adoptée par la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U., chap. 11). Les particuliers faisant partie des demandeurs en l'espèce sont les inventeurs des deux inventions visées par les brevets en cause. Ils ont cédé tous leurs droits sur lesdites inventions à leur employeur, la demanderesse Smith, Kline & French Laboratories Limited, une compagnie du Royaume-Uni. Cette compagnie est propriétaire des brevets canadiens en litige. Smith, Kline & French Canada Ltd. est une société canadienne. Elle vend, en qualité de preneur de licence, le médicament couvert par le brevet et dont le nom générique est Cimetidine; elle le vend toutefois sous le nom de Tagamet, un médicament d'ordonnance utilisé dans le traitement des ulcères gastriques. Ces deux compagnies font [TRADUCTION] «partie du groupe de compagnies que possède Smith Kline partout dans le monde» et sont toutes les deux des filiales à cent pour cent d'une compagnie américaine qui, de son côté, est la filiale de Smith Kline Beckman Corporation, une autre compagnie américaine. Le médicament Cimetidine fait présentement l'objet au Canada de plusieurs licences obligatoires délivrées conformément au paragraphe 41(4).

Points en litige

Afin de bien comprendre la pertinence de certains faits que j'énoncerai plus loin, il est tout d'abord nécessaire d'examiner les principaux points en litige dans la présente action. Il faut, pour ce faire, rappeler les dispositions du paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* dont voici le texte:

41. ...

(4) Where, in the case of any patent for an invention intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine, an application is made by any person for a licence to do one or more of the following things as specified in the application, namely:

(a) where the invention is a process, to use the invention for the preparation or production of medicine, import any medicine in the preparation or production of which the invention has been used or sell any medicine in the preparation or production of which the invention has been used, or

(b) where the invention is other than a process, to import, make, use or sell the invention for medicine or for the preparation or production of medicine,

the Commissioner shall grant to the applicant a licence to do the things specified in the application except such, if any, of those things in respect of which he sees good reason not to grant such a licence; and, in settling the terms of the licence and fixing the amount of royalty or other consideration payable, the Commissioner shall have regard to the desirability of making the medicine available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the patentee due reward for the research leading to the invention and for such other factors as may be prescribed.

The validity and applicability of this subsection are attacked on the following grounds.

Distribution of Powers—It is contended by the plaintiffs that in pith and substance this subsection is a law in relation to “property and civil rights”, a matter assigned to the provinces by section 92 head 13 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [[R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)], and not in relation to “patents of invention and discovery”, assigned to Parliament under section 91 head 22 of that Act. The essential contention here is that the purpose and effect of the legislation is to regulate the price of drugs sold in Canada and that the regulation of prices is a provincial matter.

Canadian Bill of Rights—It is contended that subsection 41(4) is inconsistent with either or both of paragraphs 1(a) and 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. These provide as follows:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

41. ...

(4) Si, lorsqu'il s'agit d'un brevet couvrant une invention destinée à des médicaments ou à la préparation ou à la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins, une personne présente une demande pour obtenir une licence en vue de faire l'une ou plusieurs des choses suivantes comme le spécifie la demande, savoir:

a) lorsque l'invention consiste en un procédé, utiliser l'invention pour la préparation ou la production de médicaments, importer tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée ou vendre tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée, ou

b) lorsque l'invention consiste en autre chose qu'un procédé, importer, fabriquer, utiliser ou vendre l'invention pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments,

c) le commissaire doit accorder au demandeur une licence pour faire les choses spécifiées dans la demande à l'exception de celles, s'il en est, pour lesquelles il a de bonnes raisons de ne pas accorder une telle licence; et, en arrêtant les conditions de la licence et en fixant le montant de la redevance ou autre considération à payer, le commissaire doit tenir compte de l'opportunité de rendre les médicaments accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention et pour les autres facteurs qui peuvent être prescrits.

d) La validité et l'applicabilité de ce paragraphe sont contestées pour les motifs suivants.

Partage des pouvoirs—Les demandeurs soutiennent que ce paragraphe constitue, dans son essence et sa substance, une règle de droit qui se rapporte à «la propriété et [aux] droits civils», c'est-à-dire une matière attribuée aux provinces par la rubrique 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [[S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1)], et non aux «brevets d'invention et de découverte» qui relèvent du législateur fédéral en vertu de la rubrique 22 de l'article 91 de ladite Loi. Ils allèguent essentiellement que le but et l'effet de cette disposition législative est la réglementation du prix des médicaments vendus au Canada et que la réglementation des prix est une matière provinciale.

Déclaration canadienne des droits—On allègue que le paragraphe 41(4) est incompatible avec l'un ou l'autre des alinéas 1a) et 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, ou les deux, qui portent:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

It is said that subsection 41(4) takes away the "property" of the patentee of a medical patent by conferring the essential benefits of that patent on a compulsory licensee; that "due process" is denied because the procedure lacks fairness, and in substance the result is confiscatory because adequate compensation is not provided to the patentee. It is said that holders of medical patents are denied "equality before the law" because they are treated differently from all other patentees by thus being denied the exclusivity of their invention which other patentees enjoy for a period of seventeen years.

Canadian Charter of Rights and Freedoms—It is contended that the plaintiffs are denied rights guaranteed to them by section 7 and subsection 15(1) of the Charter. These provisions are as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

With respect to section 7, it is contended that the plaintiffs have been deprived of "liberty" or "security of the person" which are said to include economic liberties such as freedom of contract, this denial having occurred without regard for principles of fundamental justice. The procedural and substantive denials of fundamental justice are said to be of the same nature as those involved in the alleged denial of due process in respect of paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*. The discrimination complained of in respect of subsection 15(1) is similar to that complained of in respect of paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, although of course the language of the Charter provision is much broader and may pro-

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

a

On affirme que le paragraphe 41(4) retire un «bien» au propriétaire d'un brevet portant sur des médicaments en conférant les bénéfices essentiels de ce brevet à un preneur de licence obligatoire; qu'il n'y a pas eu «application régulière de la loi» parce que la procédure suivie ne respecte pas l'équité et que, pour l'essentiel, son résultat a l'effet d'une confiscation parce qu'aucune indemnité adéquate n'est accordée au breveté. On soutient que les titulaires de brevets devant des médicaments sont privés de «l'égalité devant la loi» parce qu'ils sont traités différemment des autres titulaires de brevets étant donné qu'on leur refuse l'exclusivité de leur invention, ce dont jouissent les autres titulaires de brevets pendant dix-sept ans.

b

c

d

Charte canadienne des droits et libertés—On prétend qu'il est porté atteinte aux droits garantis aux demandeurs par l'article 7 et le paragraphe 15(1) de la Charte qui sont ainsi rédigés:

e

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

f

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

g

Pour ce qui est de l'article 7, on fait valoir qu'on a porté atteinte, sans tenir compte des principes de la justice fondamentale, à la «liberté» ou à la «sécurité de la personne» des demandeurs, droits qui incluent, affirme-t-on, les libertés d'ordre économique, telle la liberté de contracter. On affirme que ces négations de l'application de la justice fondamentale quant au fond et à la procédure sont de la même nature que celles dont il est question quand on allègue qu'il n'y a pas eu application régulière de la loi en ce qui concerne l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*. La discrimination dont on se plaint en vertu du paragraphe 15(1) est semblable à celle dont on se plaint en vertu de l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne*

h

i

j

cribe legislative distinctions of a kind previously upheld in respect of the *Canadian Bill of Rights*.

The defendant generally rejects each of the above contentions. In particular he contends, *inter alia*, that the corporate plaintiffs are not entitled to protection under these provisions of the *Canadian Bill of Rights* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect to paragraphs 1(a) and (b) of the *Canadian Bill of Rights*, and subsection 15(1) of the Charter, since these provisions specifically are applicable only to the "individual", it is said that they do not protect corporations. With respect to section 7 of the Charter, it is contended that although that section applies to "everyone" which may potentially include a body corporate, the rights of "life, liberty and security of the person" are not by their nature rights pertaining to a corporation.

In approaching these issues it must be recognized that subsection 41(4), as will be noted below, has been in effect in its present form since 1969, a period of some sixteen years, and in an earlier form raising most of the same issues, since 1923. In both its earlier and present forms, it has been the subject of much litigation as to its interpretation and even as to its constitutionality. It has been specifically acknowledged to be within the jurisdiction of Parliament on at least three previous occasions by appellate courts. While a new element has been introduced with the advent of the Charter and the coming into force as recently as April 1985 of section 15 thereof, and while extensive evidence as to the purpose and effect of the subsection has been introduced in this action which was not apparently available to the courts in earlier cases, it must be underlined that it is not a clean slate upon which I write.

EDITOR'S NOTE

In selecting for publication the 76-page judgment herein, the Editor has decided that the portion of the reasons setting out the facts—some

des droits même si, bien sûr, le libellé de la Charte a une portée beaucoup plus large et peut proscrire des distinctions d'origine législative autrefois jugées valides en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*.

Le défendeur rejette, de manière générale, chacune des prétentions susmentionnées. Il soutient notamment que les sociétés demandresses n'ont pas droit à la protection garantie par ces dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il prétend que les alinéas 1a) et b) de la *Déclaration canadienne des droits* et que le paragraphe 15(1) de la Charte ne protègent pas les sociétés étant donné que ces dispositions ne s'appliquent expressément qu'aux «*individuals*» seulement. Pour ce qui est de l'article 7 de la Charte, le défendeur fait valoir que même si cet article s'applique à «*chacun*», terme qui pourrait potentiellement inclure une personne morale, les droits «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» ne sont pas par leur nature des droits qui appartiennent à une société.

Il faut aborder ces points litigieux en reconnaissant que le paragraphe 41(4), comme on le soulignera plus loin, est en vigueur sous sa forme actuelle depuis 1969, soit depuis seize ans et que son libellé antérieur, remontant à 1923, soulevait la plupart des mêmes questions litigieuses. Tant dans sa forme actuelle que dans sa forme antérieure, il a fait l'objet de nombreux litiges portant sur son interprétation et même sur sa constitutionnalité. Des tribunaux d'appel ont expressément reconnu, au moins à trois reprises, que ce paragraphe relevait de la compétence du législateur fédéral. Même si l'adoption de la Charte et la récente entrée en vigueur, en avril 1985, de son article 15 constituent un élément nouveau, et même si on a produit en l'espèce de nombreux éléments de preuve quant au but et à l'effet du paragraphe, éléments qui, semble-t-il, n'étaient pas à la disposition des tribunaux dans les affaires antérieures, je dois souligner qu'il ne m'est pas possible de faire abstraction de ce qui existait auparavant.

NOTE DE L'ARRÊTISTE

En arrêtant son choix sur le présent jugement de 82 pages pour fins de publication, l'arrêviste a jugé bon de condenser la partie des motifs qui

25 pages—should be abridged. There follows a summary of His Lordship's review of the evidence.

Canadian legislation providing for the granting of compulsory licences in respect of process patents for medicine was first enacted in 1923. The purposes of the relevant legislation—subsection 41(4) of the Patent Act—were to ensure that medicine would be made "available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the inventor due reward for the research leading to the invention". Compulsory licences were available only for manufacturing in Canada and not for importation if the production process was the subject of a Canadian patent.

The law relating to compulsory licensing had been reviewed by various commissions during the 1960s. Their recommendations ranged from retaining the compulsory licensing system or extending it to importation to abolishing drug patents. The Act was amended in 1969 so as to introduce compulsory licensing for importation of drugs patented in Canada. That amendment greatly affected the use of compulsory licensing: from 1923 to 1963 there were but 23 applications but almost 700 licences have been granted since 1969.

There was evidence that few licence applications are refused. Since 1969, the total royalty has in no case been fixed at other than 4%.

There have been interlocutory proceedings in the course of this litigation. On July 6, 1982, Addy J. in an order held that the manner in which a law was administered could have no relevancy on the issue of whether it was rendered inoperative by the Canadian Bill of Rights. He further held that evidence was admissible to show the intent and effect of legislation in determining its constitutional validity. Legislative history was admissible for that purpose but not the opinions of ministers,

expose les faits, soit quelque 25 pages. Voici donc un résumé de l'examen de la preuve fait par Sa Seigneurie.

Les dispositions législatives canadiennes prévoyant l'attribution de licences obligatoires dans le cas des brevets de procédé visant des médicaments ont été adoptées pour la première fois en 1923. La disposition législative pertinente, le paragraphe 41(4) de la Loi sur les brevets, avait pour but d'assurer que les médicaments deviendraient «accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention». Lorsque le procédé de production faisait l'objet d'un brevet octroyé au Canada, il n'était possible d'obtenir des licences obligatoires que pour la fabrication de médicaments au Canada et non en vue de leur importation.

Au cours des années soixante, la législation relative à l'attribution de licences obligatoires a été examinée par diverses commissions dont les recommandations allaient du maintien du système d'attribution de licences obligatoires à la suppression des brevets couvrant des médicaments en passant par l'extension du système à l'importation. La Loi a été modifiée en 1969 afin de permettre la délivrance de licences obligatoires en vue de l'importation de médicaments brevetés au Canada. Cette modification a eu un effet considérable sur l'utilisation du système de licences obligatoires: alors que de 1923 à 1963, seulement 23 demandes de licences ont été présentées, près de 700 licences ont été accordées depuis 1969.

On a présenté des éléments de preuve indiquant que peu de demandes de licences sont refusées. Depuis 1969, la redevance totale a toujours été fixée à 4 %.

Des procédures interlocutoires ont été engagées au cours du présent litige. Dans une ordonnance rendue le 6 juillet 1982, le juge Addy a statué que la manière dont une loi était appliquée ne pouvait être pertinente pour déterminer si elle était rendue inopérante par la Déclaration canadienne des droits. Il a également statué qu'il est possible de présenter des éléments de preuve pour montrer le sens et l'effet de la loi afin d'en déterminer la constitutionnalité. L'historique de la

other politicians or civil servants. His Lordship also held that the evidence as to how a law is being administered was admissible to show the effect of the legislation. That decision is reported: (1982), 29 C.P.C. 117.

In an order dated July 26, 1984, Strayer J. held that evidence would be admissible only as to the constitutional validity of subsection 41(4). Since the plaintiffs had not pleaded that the subsection was invalid as applied to them, their pleadings had to be taken as an allegation that the general effect of the subsection was beyond Parliament's competence. That being the case, evidence as to the effect on the industry as a whole would be admissible while evidence as to the effects on individual companies would be admissible but of "marginal relevance". That decision is reported: (1984), 1 C.P.R. (3d) 268. That order was varied, without disturbing the basis of the reasoning, by the Federal Court of Appeal (A-957-84, judgment dated January 11, 1985, not yet reported).

In a recent judgment concerning the Lord's Day Act, R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al., [1985] 1 S.C.R. 295; 58 N.R. 81, Dickson J. (as he then was) held that the legislation's purpose was the initial test of constitutional validity and that effects could be looked at once the law had survived the purpose test. Even though a law has passed the purpose test, a litigant could argue its effects as a means to defeat its applicability and possibly validity. Effects could not be relied on to save legislation with an invalid purpose. In Big M, it was held that the Lord's Day Act had an invalid "object" in employing religious criteria offensive to the Charter freedom of conscience and religion guarantee and it was unnecessary to consider whether the legislation's effect was secular rather than religious. Thus, the defect in legislation may be so obvious that evidence as to effect would be irrelevant.

loi était recevable à cette fin mais non les opinions de ministres, d'hommes politiques ou de fonctionnaires. Il a ajouté que la preuve relative à la manière dont une loi est appliquée était admissible pour en montrer l'effet. Cette décision est publiée dans (1982), 29 C.P.C. 117.

Dans une ordonnance datée du 26 juillet 1984, le juge Strayer a statué que des éléments de preuve ne pourraient être recevables qu'en ce qui a trait à la constitutionnalité du paragraphe 41(4). Étant donné que les demandeurs n'avaient pas soutenu que ce paragraphe était nul quand on l'appliquait à leur cas, il a fallu considérer qu'ils alléguaient, dans leurs plaidoiries écrites, que l'effet général dudit paragraphe excédait la compétence du législateur fédéral. Cela étant, la preuve concernant son effet sur l'industrie dans son ensemble serait recevable alors que la preuve relative à ses effets sur des compagnies particulières, bien que recevable, n'aurait qu'une «pertinence marginale». Cette décision a été publiée dans (1984), 1 C.P.R. (3d) 268. La Cour d'appel fédérale a modifié cette ordonnance sans toutefois toucher au fond du raisonnement (A-957-84, jugement en date du 11 janvier 1985, encore inédit).

Dans un jugement récent portant sur la Loi sur le dimanche, R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres, [1985] 1 R.C.S. 295; 58 N.R. 81, le juge Dickson (tel était alors son titre) a statué que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité était celui de l'objet de la loi et que les effets de celle-ci ne devaient être examinés qu'une fois que la loi avait satisfait à ce critère. Même dans le cas où une loi a satisfait au critère de l'objet, il serait possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Les effets ne pourraient jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable. Dans l'arrêt Big M, la Cour a statué qu'étant donné que la Loi sur le dimanche faisait appel à des critères religieux qui portaient atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte, son «objet» était invalide et qu'il était inutile de se demander si son effet revêtait un caractère laïc plutôt que religieux. Par conséquent, il est possible que la lacune de la loi soit si évidente que la preuve concernant son effet n'ait pas de pertinence.

There was ample evidence that both the apprehended and actual effect of the impugned legislation was to reduce drug prices by promoting competition. A Parliamentary Committee reported in 1967 that the profits of pharmaceutical companies in Canada were about twice as high as those of the manufacturing industry as a whole and that Canadian drug prices "were among the highest of certain selected countries". That was the background of the legislation in question. When the amendment was being debated in the House, the Minister of Consumer and Corporate Affairs provided tables of comparative drug prices and these were recorded in Hansard. It was obvious that these price differentials were the motivation for the legislation.

While counsel objected to the admissibility of statements of ministers, pointing to the authorities referred to in the order of Addy J., that material was admissible as to the effect rather than the purpose of the legislation. Some of the evidence was of little relevance and lacking in weight as possibly self-serving. But to the extent that documents contained matter of which judicial notice might be taken, they were admissible to establish the apprehended effect and perhaps as well the real effect of the legislation.

Much of the evidence was of but limited probative value as relating to the effects of the legislation on particular pharmaceutical companies rather than to its general effect. Such evidence as there was suggested that the legislation had a negative impact on the revenues of originators of prescription drugs and a beneficial effect on companies exploiting compulsory licences.

Little research and development of drugs is done in Canada and cost recovery depends on inter-corporate arrangements among the multinational drug companies. These arrangements were not revealed in evidence. While the plaintiffs testified that the cost of research and development for any given drug cannot be calculated,

La preuve a amplement démontré que l'effet envisagé et l'effet réel de la loi contestée étaient de réduire les prix des médicaments par le biais de l'encouragement de la concurrence. En 1967, un comité parlementaire a indiqué dans un rapport que les profits des sociétés pharmaceutiques au Canada étaient environ deux fois supérieurs à ceux de l'industrie manufacturière dans son ensemble et que les prix des médicaments au Canada [TRADUCTION] «se classaient parmi les plus élevés comparativement à ceux de certains pays donnés». Tel était le contexte des dispositions législatives en question. Lorsque l'amendement qu'on voulait apporter à celles-ci a été débattu en Chambre, le ministre de la Consommation et des Corporations a fourni des tableaux comparatifs des prix des médicaments qui ont été insérés dans le compte rendu officiel des débats de la Chambre. Il était évident que ces écarts de prix furent à l'origine des dispositions législatives.

Même si les avocats ont attiré l'attention de la Cour sur la jurisprudence citée dans l'ordonnance du juge Addy pour contester la recevabilité des déclarations des ministres, ces documents étaient recevables relativement à l'effet de la loi plutôt qu'à son objet. Certains des éléments de preuve avaient peu de pertinence et n'avaient aucune force probante en raison de leur caractère subjectif possible. Mais dans la mesure où ces documents renfermaient des éléments dont la Cour pouvait prendre connaissance d'office, ils étaient recevables en preuve pour déterminer l'effet envisagé de la loi et peut-être même son effet réel.

Un grande partie des éléments de preuve n'avait qu'une force probante limitée relativement aux effets de la loi sur des sociétés pharmaceutiques particulières plutôt qu'à son effet général. Cette preuve laissait entendre que la loi a eu un effet négatif sur les revenus des créateurs de médicaments d'ordonnance, mais qu'elle s'est avérée avantageuse pour les sociétés exploitant des licences obligatoires.

Il se fait peu de recherche et de développement au Canada en matière de médicaments et le recouvrement des coûts engagés dépend d'ententes entre sociétés conclues par les compagnies pharmaceutiques multinationales. La preuve n'a pas divulgué ces ententes. Même si les demandeurs ont affirmé dans leurs témoignages

there was evidence from an expert witness that an originator would spend on average some twenty-one million 1976 U.S. dollars for a marketable product. That average figure included amounts thrown away on failures. The average product broke even as an investment with an equivalent investment in corporate bonds in the twenty-fourth year after research and development was begun. Another expert witness estimated the average cost in 1985 of bringing a new drug on the market as one hundred million dollars U.S.

Evidence was given as to the losses sustained by originators, in terms of volume and price, when generics become available following the granting of compulsory licences. Figures of 48% for volume loss and 40% for price loss were suggested. It was not disputed by the defendant that patentees subjected to compulsory licensing often suffered reduction in market share and price.

In assessing the impact on patentees, it was important to know the length of the period of exclusivity which a patentee enjoys in the market before a generic goes on sale. The best evidence on that, given by an official with the Department of National Health and Welfare, was that the average period is 6.8 years. Under the Patent Act, patentees normally enjoy exclusivity for 17 years.

While compulsory licensing had a prejudicial effect on sales and profits of patentees, it could not be concluded that the effect was prohibitive in the sense of rendering unprofitable Canadian sales of patented drugs. The Eastman Commission, appointed to inquire into the current situation in the pharmaceutical industry in Canada, reported in February 1985, that the "overall profitability of firms in the pharmaceutical industry in Canada measured by their after tax profit on capital employed for the years 1968 to 1982 is more stable than for most industries in Canada and

qu'il est impossible de calculer les dépenses de recherche et de développement pour tout médicament donné, un témoin expert a déclaré qu'un créateur d'un produit dépensait en moyenne vingt et un millions de dollars U.S. (en dollars de 1976) pour un produit commercialisable. Cette moyenne incluait les sommes perdues dans des projets infructueux. L'investissement dans un produit moyen ne devenait aussi rentable qu'un investissement équivalent dans des obligations de compagnies qu'au cours de la vingt-quatrième année suivant le début des activités de recherche et de développement. Un autre témoin expert a évalué à cent millions de dollars U.S. les coûts moyens nécessaires en 1985 pour lancer un nouveau médicament sur le marché.

On a soumis des éléments de preuve quant à la perte de volume et à la chute de prix subies par les créateurs lorsque des produits génériques deviennent disponibles par suite de la délivrance de licences obligatoires. On a avancé des chiffres indiquant une perte de volume de 48 % et une chute de prix de 40 %. Le défendeur n'a pas contesté que les propriétaires de brevets qui sont assujettis à des licences obligatoires ont souvent vu baisser leur part du marché et leurs prix.

Afin d'évaluer les répercussions du système sur les titulaires de brevets, il était important de connaître la durée de la période d'exclusivité dont jouissent ces derniers avant qu'un produit générique ne soit mis en vente. Le meilleur témoignage sur cette question était celui d'un fonctionnaire du ministère de la Santé et du Bien-être social suivant lequel la période moyenne d'exclusivité était de 6,8 ans. En vertu de la Loi sur les brevets, les titulaires de brevets bénéficient habituellement de l'exclusivité pendant une période de 17 ans.

Bien que l'attribution de licences obligatoires ait eu un effet préjudiciable sur les ventes et les revenus des titulaires de brevets, on ne pouvait conclure que ledit effet était prohibitif en ce sens qu'il rendait non rentable la vente au Canada de médicaments brevetés. La Commission Eastman, qui a été constituée pour faire enquête sur la situation actuelle de l'industrie pharmaceutique au Canada, a indiqué dans son rapport présenté en février 1985 que la «rentabilité globale des sociétés de l'industrie pharmaceutique au Canada, évaluée de 1968 à 1982, selon leurs profits après

rises in the later years of the period". The report concluded that "compulsory licensing has had no visible effect on the profitability of the pharmaceutical industry in Canada". Nor had compulsory licensing negatively impacted on the growth of the pharmaceutical industry in Canada as a whole. The multi-national pharmaceutical industry was not in fact a high risk enterprise. While risk was associated with the development of particular drugs, there were sufficient "winners" that the total enterprise was quite profitable. Smith, Kline & French, one of the plaintiffs herein, substantially increased its market share between 1977 and 1982, compulsory licensing notwithstanding. By 1982, none of the companies holding compulsory licences ranked higher than 21 in total sales.

In view of the lack of evidence as to the costs of research, development and production and as to other significant factors—such as the percentage of international research costs which should be borne by Canadian sales—it was impossible to decide whether the 4% royalty paid for compulsory licences was compensatory.

Conclusions

Distribution of Powers—The plaintiffs contend that subsection 41(4) of the *Patent Act* is legislation in relation to property and civil rights in the province, hence is *ultra vires* the Parliament of Canada being a matter assigned to the provinces under section 92 head 13 of the *Constitution Act, 1867*. As I understand it, this argument has two aspects. First, it is said that this law is essentially one for the regulation of prices of prescription drugs and that any regulation of prices is presumptively a provincial matter. It is said to be in relation to a particular trade or business and therefore beyond the control of Parliament: that it interferes with contract rights by enabling the Commissioner to dictate a contract between the

impôt sur le capital, est plus stable que celle de la plupart des industries au Canada; elle a même augmenté au cours des dernières années de cette période». On y concluait que «l'obligation d'obtenir une licence obligatoire n'a pas eu d'effet concret sur la rentabilité de l'industrie pharmaceutique dans notre pays». L'attribution de licences obligatoires n'a pas non plus eu d'effet négatif sur la croissance de l'industrie pharmaceutique canadienne dans son ensemble. L'industrie pharmaceutique multinationale ne constituait pas, en réalité, une entreprise à risques élevés. Même si le risque était lié au développement de médicaments particuliers, il y avait suffisamment de «produits gagnants» pour que l'entreprise dans son ensemble s'avère très rentable. Smith, Kline & French, l'un des demandeurs en l'espèce, a considérablement augmenté sa part du marché entre 1977 et 1982 malgré l'attribution de licences obligatoires. En 1982, aucune des sociétés détentrices de licences obligatoires ne se classait parmi les vingt premières au chapitre des ventes totales.

Vu le manque d'éléments de preuve concernant les dépenses de recherche et de développement, les coûts de production et les autres facteurs importants, comme le pourcentage des dépenses de recherche et de développement engagées au niveau international qui devrait être supporté par les ventes au Canada, il était impossible de déterminer si la redevance de 4 % versée pour les licences obligatoires constituait une indemnité.

Conclusions

Partage des pouvoirs—Les demandeurs prétendent que le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* est une disposition législative qui concerne la propriété et les droits civils dans la province et qui outrepassé donc les pouvoirs du parlement canadien puisqu'il s'agit d'une matière attribuée aux provinces par la rubrique 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si j'ai bien compris, cet argument comporte deux volets. On affirme d'abord que cette règle de droit vise essentiellement à réglementer le prix des médicaments d'ordonnance et que toute réglementation des prix relève en principe des provinces. On soutient qu'elle se rapporte à une entreprise ou un commerce particuliers et excède, par conséquent, le

patentee and the licensee without the consent of the former at least. It is also contended that this involves a taking away of property of the patentee: that by its inherent nature a patent once issued confers a monopoly on the patentee for the duration of the patent. Authority was cited to demonstrate the nature of the so-called "bargain" between the state and the inventor whereby the inventor agrees to divulge the details of his invention, for the ultimate public use and benefit, and to work his invention where appropriate, in return for the grant of a monopoly of the exploitation of his invention for the duration of the patent. It is said that Parliament can attach conditions to the grant of the patent such as those referred to in sections 66 and 67 of the *Patent Act*, and that in case of a breach of condition through abuse of the patent certain benefits may be denied. But subsection 41(4) is distinguished from true conditions because, according to the plaintiffs, it takes away from the patentee (whose rights have already vested), without any proof of abuse being necessary, his exclusive rights to exploit the patent for seventeen years and confers an equal right on any licensee who wishes to exploit the patent. The effect is greatly to reduce the value of the patentee's rights because he is forced to compete with others using his invention. In effect a share of the finite market for prescription drugs is transferred from the patentee without his consent and without adequate compensation. It is said that this cannot even be characterized as taking private property for a public purpose because private property here is being transferred to another private individual or company who is the recipient of a windfall (having few research and development or promotional expenses in respect of the drug) at the expense of the patentee.

Consistently with what was said by Dickson J. [as he then was] in the *Big M* case [*R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; 58 N.R. 81] I have examined first the object of the legislation and then its impact. The object may be

pouvoir du législateur fédéral: elle porte atteinte à la liberté de contracter en habilitant le commissaire à dicter un contrat au titulaire d'un brevet et au preneur de licence, sans le consentement du premier tout au moins. On fait valoir aussi qu'elle retire son droit de propriété au titulaire d'un brevet: par sa nature même, un brevet, une fois qu'il a été octroyé, confère un monopole à son titulaire pour la durée dudit brevet. On a invoqué des précédents pour montrer la nature du soi-disant [TRADUCTION] «marché» qui intervient entre l'État et l'inventeur, et par lequel ce dernier consent à divulguer les détails de son invention pour la mettre au service du public et pour l'exploiter s'il y a lieu, en échange de l'attribution du monopole de l'exploitation de son invention pour la durée du brevet. On affirme que le législateur fédéral peut soumettre la délivrance du brevet à certaines conditions comme celles dont il est question aux articles 66 et 67 de la *Loi sur les brevets* et que si l'on viole ces conditions en abusant du brevet, certains bénéficiaires peuvent être refusés. Mais, selon les demandeurs, le paragraphe 41(4) se distingue des conditions véritables en ce qu'il retire au titulaire du brevet, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'il y a eu abus, ses droits exclusifs (qui lui sont déjà acquis) d'exploiter le brevet pendant dix-sept ans et confère un droit identique à tout preneur de licence désireux d'exploiter ledit brevet. Cela a pour effet de réduire considérablement la valeur des droits du titulaire du brevet puisque ce dernier se voit obligé d'entrer en concurrence avec d'autres personnes utilisant son invention. Dans les faits, le titulaire du brevet se voit retirer une part du marché restreint des médicaments d'ordonnance sans son consentement et sans une indemnisation adéquate. On soutient qu'il n'est même pas possible de dire qu'on s'empare d'un bien privé dans l'intérêt public puisqu'en l'espèce le bien privé est transféré à un autre particulier ou à une compagnie qui bénéficie ainsi d'une aubaine (ayant peu de dépenses de recherche, de développement et de promotion à l'égard du médicament) au détriment du titulaire de brevet.

Conformément à ce qu'a dit le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Big M* [*R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; 58 N.R. 81], j'ai d'abord examiné l'objet de la loi et ensuite, ses répercussions. Selon moi, l'objet de

ascertained, in my view, by examining both the text of the legislation itself and evidence as to surrounding facts which may elucidate the object or apprehended effect. In assessing impact one may look at extrinsic evidence as to the actual effect of the legislation.

With respect to the stated purpose of the legislation, it appears to me clear from the subsection itself that Parliament's object was to deny a monopoly with respect to inventions of medicine or of processes for the preparation or production of medicine where there is a willing applicant who seeks a licence to manufacture in Canada, or import into Canada, or sell in Canada, the same medicine. The subsection requires that in such circumstances the Commissioner "shall" grant a licence unless "he sees good reason not to grant such a licence". Thus there is a presumption created in favour of the grant of the licence. The object of the subsection is further elucidated by its provisions with respect to the terms of the licence to be settled by the Commissioner. He is directed to "have regard to the desirability of making the medicine available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the patentee due reward for the research leading to the invention and for such other factors as may be prescribed". (Apparently no other factors have been prescribed.) In summary, therefore, the apparent object is to make such compulsory licences readily available, and on terms which emphasize a lowering of price of the drug with some consideration of compensation for the patentee with respect only to its research leading to the particular invention.

It is my view, and counsel for the plaintiffs did not disagree, that for the purposes of distribution of powers there is no significant difference between subsection 41(4), first adopted in its present form in 1969, and subsection 41(3), first adopted in substance in 1923. The main significant difference between the two subsections is that subsection 41(4) permits licences for importation of medicines whereas subsection 41(3) authorizes compulsory licences with respect to patented processes for the preparation or production of food, the licence

la loi peut être déterminé en examinant le texte même de la disposition législative ainsi que la preuve relative au contexte factuel susceptible d'expliquer l'objet ou l'effet appréhendé. Dans l'évaluation des répercussions de la loi, il est possible de se référer à des éléments de preuve extrinsèques quant à son effet réel.

Pour ce qui est de l'objet déclaré de la disposition législative, il me semble ressortir du paragraphe lui-même que l'objet visé par le législateur fédéral était de refuser un monopole à l'égard d'invention de médicaments ou de procédés de préparation ou de production de médicaments dans les cas où un requérant consentant sollicite une licence en vue de fabriquer, d'importer ou de vendre, au Canada, les mêmes médicaments. Ce paragraphe prévoit que, dans de telles circonstances, le commissaire «doit» accorder une licence à moins qu'«il a[ît] de bonnes raisons de ne pas accorder une telle licence». Une présomption est donc créée en faveur de l'attribution d'une licence. Les dispositions de ce paragraphe relatives aux conditions de la licence qui doivent être arrêtées par le commissaire viennent préciser davantage son objet. Le commissaire doit «tenir compte de l'opportunité de rendre les médicaments accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention et pour les autres facteurs qui peuvent être prescrits». (Apparemment, aucun autre facteur n'a été prescrit.) En résumé, l'objet apparent de cette disposition législative est donc de faciliter l'obtention de telles licences obligatoires, à des conditions qui insistent sur la nécessité de réduire le prix du médicament, tout en ne prévoyant une indemnité pour le breveté qu'en ce qui a trait seulement aux recherches qui ont conduit à l'invention en question.

Je suis d'avis, et les avocats des demandeurs n'en ont pas disconvenu, qu'aux fins du partage des pouvoirs, il n'y a pas de différence importante entre le paragraphe 41(4), adopté sous sa forme actuelle en 1969, et le paragraphe 41(3), adopté pour l'essentiel en 1923. La principale différence entre ces deux paragraphes est que le paragraphe 41(4) permet l'attribution de licences pour l'importation de médicaments alors que le paragraphe 41(3) autorise l'attribution de licences obligatoires pour les procédés brevetés destinés à la préparation

to authorize only such preparation or production and not importation. The presumption in favour of granting the licence and the factors to be taken into account by the Commissioner in fixing its terms are identical in the two subsections.

The purpose or object of subsection 41(3), as derived from its wording, has been stated authoritatively several times. For example in *Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Bell-Craig Pharmaceuticals Division of L. D. Craig Ltd.*, [1965] 2 Ex.C.R. 266, at page 282 Jackett P. said:

In my view, the objective of the provision is to bring about competition. On balance, in most fields, competition is regarded by Parliament as being in the public interest because competition regulates prices in the public interest and also because competition tends to bring about greater efficiency, better service, and further research. The monopoly granted to an inventor is an exception to this general principle in our law. Section 41(3) was passed because, in the field to which it applies, "the specific public interest in free competition" was deemed to be more important than the maintenance of the patentee's monopoly rights.

On appeal it was held by Abbott J. on behalf of the Supreme Court of Canada, [1966] S.C.R. 313, at page 319 as follows:

In my view the purpose of s. 41 (3) is clear. Shortly stated it is this. No absolute monopoly can be obtained in a process for the production of food or medicine. On the contrary Parliament intended that, in the public interest, there should be competition in the production and marketing of such products produced by a patented process, in order that as the section states, they may be "available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the inventor due reward for the research leading to the invention".

Similarly, in *Eli Lilly and Co. v. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 536, at page 545, a case involving subsection 41(4), Pigeon J. writing for a majority of the Court referred to

... the legislative policy behind compulsory licencing namely, to avoid any practical monopoly of the manufacture of drugs by patented processes and to foster competition.

On the face of the legislation, as interpreted by the courts, its object then is clearly to avoid a monopoly in the sale of medicines, thereby permit-

ou à la production d'aliments, ces licences ne devant permettre que la préparation ou la production d'aliments et non leur importation. La présomption en faveur de la délivrance de la licence et les facteurs dont le commissaire doit tenir compte pour en arrêter les conditions sont identiques dans les deux paragraphes.

L'objet du paragraphe 41(3), tel qu'il ressort de son libellé, a été énoncé à plusieurs reprises d'une manière définitive. Par exemple, dans l'affaire *Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Bell-Craig Pharmaceuticals Division of L. D. Craig Ltd.*, [1965] 2 R.C.E. 266, le président Jackett a dit à la page 282:

[TRADUCTION] À mon avis, l'objet de cette disposition est d'amener la concurrence. Tout compte fait, le Parlement considère que, dans la plupart des domaines, la concurrence est dans l'intérêt du public car elle régleme les prix à l'avantage de ce dernier et elle a tendance à entraîner une plus grande efficacité, un meilleur service et des recherches plus poussées. Le monopole accordé à l'inventeur constitue une exception à ce principe général de notre droit. Le paragraphe 41(3) a été adopté parce qu'on a jugé que, dans le domaine où il s'applique, «l'intérêt du public dans la libre concurrence» était plus important que le maintien des droits monopolistes du titulaire du brevet.

En appel de cette décision, voici en quels termes a statué le juge Abbott au nom de la Cour suprême du Canada, dans [1966] R.C.S. 313, à la page 319:

[TRADUCTION] À mon avis, le but du par. 41 (3) est clair. Il se résume à ceci: on ne peut obtenir le monopole absolu d'un procédé de fabrication d'un produit alimentaire ou médicamenteux. Au contraire, l'intention du Parlement est de maintenir, dans l'intérêt du public, la concurrence dans la production et le commerce de ces produits préparés selon un procédé breveté, de sorte qu'ils puissent, ainsi que le paragraphe l'indique, être «accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant à l'inventeur une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention».

De même, à la page 545 de l'arrêt *Eli Lilly and Co. c. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 536, qui portait sur le paragraphe 41(4), le juge Pigeon, qui a rédigé le jugement de la majorité, a évoqué

... les fins que poursuit le législateur en matière d'octroi de licences obligatoires, c'est-à-dire éviter tout monopole de fait de la fabrication des drogues par procédés brevetés et encourager la concurrence.

Il ressort donc de la lecture de cette disposition législative, ainsi que l'ont interprétée les tribunaux, qu'elle a clairement pour objet d'éviter la création

ting competition which, it was anticipated, would cause a reduction in the price of medicines.

Viewed as such, this legislation has been upheld as *intra vires* Parliament by several courts. In *American Home Products Corp. v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 155, at pages 160 and 161, both the Supreme Court of Ontario and the Ontario Court of Appeal held that subsection 41(4) was valid as being a law in relation to patents and not in relation to property and civil rights. Not long after that the Federal Court of Appeal in *Lilly v. S & U Chemicals Ltd.* (1973), 9 C.P.R. (2d) 17, at page 18, similarly held subsection 41(4) to be valid saying that:

... we are satisfied that that provision is an integral part of an act that is a "law" in relation to "patents of invention and discovery" and is, therefore, a valid exercise of Parliament's legislative authority under s. 91(21) [*sic*] of the *British North America Act, 1867*.

An appeal from this decision was dismissed by the Supreme Court of Canada, although the constitutional issue was not argued there: see [1977] 1 S.C.R. 536. This is the position which has been accepted by the courts heretofore. Very recently the Federal Court of Appeal, in the case of *American Home Products Corporation v. ICN Canada Limited* (A-888-83, July 3, 1985, as yet unreported) declined to hear argument to the effect that subsection 41(4), is *ultra vires*, taking the position that the two cases referred to above determined the matter.

I accept, nevertheless, the submission of counsel for the plaintiffs that it might remain open to this Court to distinguish these previous decisions if the evidence in this case disclosed an object or effect that was not apparent at the time of those other decisions. It appears that there was no extrinsic evidence presented in those cases with respect to the object or effect of the Act. I must therefore consider whether the evidence in this case is such as to lead to a different conclusion at this time.

It is true that the evidence reveals that patentees of medicine normally incur very substantial expenses in research, development, and prepara-

d'un monopole dans la vente des médicaments pour ainsi favoriser la concurrence qui, prévoyait-on, entraînerait une réduction du prix de ces produits.

Plusieurs tribunaux ont statué que cette disposition législative est constitutionnelle si on l'interprète de la sorte. Dans l'affaire *American Home Products Corp. v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 155, aux pages 160 et 161, la Cour suprême de l'Ontario et la Cour d'appel de l'Ontario ont statué que le paragraphe 41(4) était valide parce qu'il constituait une règle de droit qui portait sur les brevets et non sur la propriété et les droits civils. Peu de temps après, la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Lilly c. S & U Chemicals Ltd.* (1973), 9 C.P.R. (2d) 17, a elle aussi conclu à la validité du paragraphe 41(4), affirmant, à la page 18:

... la Cour est convaincue que cette disposition fait partie intégrante d'une loi qui est une «règle de droit» relative aux «brevets d'invention et de découverte» et que, par conséquent, le législateur fédéral a exercé conformément à la loi le pouvoir législatif qui lui est conféré par le par. 91(21) [*sic*] de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*.

La Cour suprême du Canada a rejeté l'appel interjeté à l'encontre de cette décision, bien que la question constitutionnelle n'y ait pas été débattue: voir [1977] 1 R.C.S. 536. C'est cette position qu'ont retenue les tribunaux jusqu'ici. Très récemment, dans l'affaire *American Home Products Corporation c. ICN Canada Limited* (A-888-83, 3 juillet 1985, encore inédite), la Cour d'appel fédérale a refusé d'entendre des arguments selon lesquels le paragraphe 41(4) serait inconstitutionnel, étant d'avis que les deux affaires mentionnées plus haut avaient tranché cette question.

Je retiens néanmoins l'argument des avocats des demandeurs suivant lequel il pourrait être loisible à la Cour d'établir une distinction avec ces décisions antérieures si la preuve en l'espèce révélait un objet ou un effet qui n'étaient pas évidents au moment où ces autres décisions ont été rendues. Il semble qu'aucune preuve extrinsèque n'a été présentée dans ces affaires quant à l'objet ou à l'effet de la Loi. Je dois donc examiner si, en l'espèce, la preuve permet une conclusion différente cette fois.

Il est vrai que la preuve indique que les titulaires de brevets couvrant des médicaments doivent habituellement supporter des dépenses très importantes

tion for marketing of those medicines. It also reveals that the market, particularly in the area of prescription medicines, is inelastic and that when compulsory licensees, with minimal preparatory costs, enter the market with generic products there is commonly a substantial loss of market by the patentee companies to the generic companies. Whether this loss of market and, sometimes, of price, renders the development and introduction of the drug unprofitable for the patentee in any meaningful way, it appears to me to be impossible to say. Nevertheless there is a loss suffered by the patentee of profits which it might have expected to make in Canada had its patent been obtained under a law which provided normal exclusivity for 17 years in the absence of abuse of the patent. This much is clear. But does it mean that in bringing about such a result Parliament has exceeded its authority under section 91 head 22 with respect to "patents of invention and discovery" and invaded provincial jurisdiction under section 92 head 13 with respect to "property and civil rights"? I think not.

It appears to me that under its authority with respect to patents of invention and discovery, Parliament is entitled to regulate patents in a variety of ways. Essentially, this power enables it to create a monopoly for one party and to exclude other parties from the use, manufacture, sale, or importation of products which are the subject of a patent. The granting of such a patent, according to the jurisprudence, confers an intangible property right on the patentee. It is probably true that in the absence of this specific assignment of authority to Parliament with respect to "patents" they would have fallen under provincial jurisdiction with respect to property and civil rights. But Parliament is not precluded from creating or regulating property in the course of exercising its enumerated powers. And I can find no constitutional imperative that Parliament must exercise its authority over patents of invention and discovery in one way only, namely to grant the typical or conventional type of patent exclusivity to the patentee of any product whatsoever. I can see no reason why Par-

aux chapitres de la recherche, du développement et des préparatifs à la commercialisation de ces médicaments. Elle révèle aussi que le marché, en particulier dans le domaine des médicaments d'ordonnance, suit une courbe inélastique et que lorsque des preneurs de licences obligatoires, qui n'ont que des frais minimes de préparation à engager, lancent des produits génériques sur le marché, les sociétés détentrices de brevets perdent ordinairement une part importante de leur marché au profit des sociétés de produits génériques. Il m'apparaît impossible de dire si cette perte de marché ainsi que la chute de prix qui se produit rendent absolument non rentables pour le titulaire d'un brevet le développement et l'introduction du médicament. Il n'en reste pas moins que le titulaire du brevet se voit privé des profits qu'il aurait pu s'attendre à réaliser au Canada s'il avait obtenu son brevet en vertu d'une loi prévoyant une période normale d'exclusivité de dix-sept ans s'il n'y a pas abus du brevet. Voilà qui est clair. Mais cela signifie-t-il qu'en amenant un tel résultat, le législateur fédéral s'est trouvé à excéder le pouvoir que lui confère la rubrique 22 de l'article 91 sur «les brevets d'invention et de découverte» et à empiéter sur la compétence dont jouissent les provinces sur «la propriété et les droits civils» en vertu de la rubrique 13 de l'article 92? Je ne le crois pas.

Il me semble que, en vertu de son pouvoir sur les brevets d'invention et de découverte, le législateur fédéral est habilité à réglementer les brevets de diverses manières. Essentiellement, ce pouvoir l'habilite à créer un monopole en faveur d'une partie et à interdire aux autres parties d'utiliser, de fabriquer, de vendre ou d'importer des produits qui font l'objet d'un brevet. Suivant la jurisprudence, l'attribution d'un tel brevet confère un droit de propriété incorporel au titulaire du brevet. Il est probablement vrai que si cette compétence sur les «brevets» n'avait pas été expressément conférée au législateur fédéral, ceux-ci auraient relevé de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils. Mais rien n'empêche le législateur fédéral de créer ou de réglementer la propriété dans l'exercice de ses pouvoirs énumérés. Et je n'arrive pas à trouver d'impératif d'ordre constitutionnel qui obligerait le législateur fédéral à exercer d'une seule manière son pouvoir sur les brevets d'invention et de découverte, c'est-à-dire en attribuant au titulaire d'un brevet couvrant quel-

liament's authority under section 91 head 22 does not equally extend to granting full or typical patent rights on patentees of one kind of product but limiting the kind of patent rights conferred on the patentees of another kind of product. If there is an objection to such distinctions it must be found, if anywhere, in section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

There is no common law right to a patent: *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49; (1963), 25 Fox Pat. C. 99, at page 57 S.C.R.; 107 Fox Pat. C. The right is created by an Act of Parliament. What Parliament has done in this case is to restrict the extent of the monopoly granted to patentees of medicines. It was so explained by Thurlow J. [as he then was] in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Frank W. Horner Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1970), 64 C.P.R. 93 (Ex. Ct.), at page 107:

What a patentee has, therefore, from the time of issue of his patent is not an unassailable, complete monopoly right. His patent does indeed purport to give a monopoly of his invention but it is a monopoly which, because of s. 41, is subject to the right of anyone who can comply with the section to obtain the right to use the invention notwithstanding the patent. Such a monopoly is therefore not capable of affording a foundation upon which a massive commercial enterprise, not by itself capable of being monopolized, may be built and afforded monopoly protection.

The authority which Parliament is given by section 91 head 22 it to create monopolies by means of patents and thereby to prevent competition for a certain period of time. It appears to me that there is nothing constitutionally ordained that the period of exclusivity must be 17 years in the absence of abuse as defined in the statute. I do not accept that the authority granted to the Parliament of Canada with respect to patents can only be exercised in the way it has been exercised by the Parliament of the United Kingdom: indeed, it is clear that from the first *Patent Act* adopted by the Dominion of Canada after Confederation, in 1869 [S.C. 1869, c. 11], Canadian law has in

que produit que ce soit, la période d'exclusivité typique ou conventionnelle. Je ne vois aucune raison pour laquelle le pouvoir que détient le législateur fédéral en vertu de la rubrique 22 de l'article 91 ne lui permettrait pas d'attribuer aux titulaires de brevets couvrant un certain type de produit les pleins droits s'attachant ordinairement à un brevet tout en restreignant les droits de brevet conférés aux titulaires de brevets couvrant un autre type de produit. S'il existe quelque objection à ces distinctions, c'est l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui en sera le fondement.

Il n'existe aucun droit à un brevet en vertu de la *common law*: *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49; (1963), 25 Fox Pat. C. 99, à la page 57 R.C.S.; 107 Fox Pat. C. Ce droit est créé par le législateur fédéral. Ce qu'a fait le législateur en l'espèce, c'est de restreindre l'étendue du monopole accordé aux titulaires de brevets couvrant des médicaments. Le juge Thurlow [tel était alors son titre] l'a expliqué ainsi dans *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Frank W. Horner Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1970), 64 C.P.R. 93 (C. de l'É.), à la page 107:

[TRADUCTION] Donc, dès l'émission de son brevet, le breveté ne dispose plus d'un monopole complet et inattaquable. Son brevet lui confère en fait un monopole sur son invention, mais c'est un monopole qui, de par l'art. 41, est soumis au droit de quiconque peut se conformer à l'article et obtenir le droit d'utiliser l'invention, en dépit du brevet. Un tel monopole ne peut donc permettre à une grande entreprise commerciale, qui ne peut d'elle-même être monopolistique, de s'édifier sous sa protection.

La rubrique 22 de l'article 91 confère au Parlement le pouvoir de création des monopoles au moyen des brevets et permet ainsi d'empêcher la concurrence pendant une certaine période. Il me semble que rien dans la Constitution ne prescrit que la période d'exclusivité doit être de 17 ans en l'absence d'abus tel que défini par la loi. Je ne conviens pas que le pouvoir accordé au Parlement du Canada en matière de brevets ne puisse être exercé que de la manière dont l'exerce le Parlement du Royaume-Uni: en fait, il est évident que depuis le premier *Acte concernant les Brevets d'Invention* adopté par le Dominion du Canada après la Confédération, en 1869 [S.C. 1869, chap.

many respects differed from British law: see, e.g., Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed., 1969), at pages 4-5, 541.

I therefore conclude that this subsection, by making the grant of a patent for medicine subject to compulsory licensing is simply limiting the scope of the property right, the monopoly, which Parliament is authorized but not obliged to grant.

Nor do I think it can otherwise be characterized in any way in pith and substance a law in relation to property and civil rights. It is true that the grant of a compulsory licence affects incidentally, though in important ways, contractual and property rights of the patentee as well as those of the licensee. But subsection 41(4) is not a law in relation to "prices" as contended by the plaintiffs. It does not purport to fix prices. One of its principal objects is, obviously, to bring about a reduction in prices through competition, but the prices are to be fixed by the vendors of drugs. Merely because the exercise of a federal power affects prices does not make it invalid. For example, the exercise of the federal taxation power in respect of excise taxes or tariffs affects in a much more precise way the prices paid by Canadians for many goods. The exercise of the federal jurisdiction over "interest" and "banking" affects the price of borrowing money. One can multiply the examples.

If one takes the approach of the plaintiffs, one could equally argue that the whole *Patent Act* is invalid because the normal effect of granting a patent and creating a monopoly in the patentee is to give the patentee nearly *carte blanche* with respect to price because he is protected from any competition for 17 years. That is clearly untenable. Similarly, it is not tenable to argue that by limiting the patentee's monopoly under subsection 41(4), thus creating competition and forcing the patentee to share the market, Parliament has passed a law in relation to property. No doubt the

11], la loi canadienne diffère, à de nombreux égards, de la loi britannique: voir, par. ex., Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4^e éd., 1969), aux pages 4 et 5, 541.

Par conséquent, j'arrive à la conclusion qu'en assujettissant la délivrance d'un brevet couvrant des médicaments à l'octroi obligatoire de licence, ce paragraphe ne fait que restreindre l'étendue du droit de propriété, en l'occurrence le monopole, que le législateur a le pouvoir mais non l'obligation d'accorder.

Je ne crois pas non plus qu'on puisse par ailleurs dire, de quelque manière que ce soit, qu'il constitue, de par son caractère véritable, une disposition législative relative aux droits civils et à la propriété. Il est vrai que l'attribution d'une licence obligatoire influe de façon accessoire, bien qu'importante, sur le droit de contracter et le droit de propriété du breveté et du preneur de licence. Toutefois, le paragraphe 41(4) ne constitue pas, comme le soutiennent les demandeurs, une disposition législative relative aux «prix». Il n'a pas pour but de fixer les prix. L'un de ces principaux objectifs est, de toute évidence, d'entraîner une réduction des prix par le biais de la concurrence, mais les prix doivent être fixés par les vendeurs de médicaments. L'exercice d'un pouvoir fédéral n'est pas invalide simplement parce qu'il a un effet sur les prix. Par exemple, l'exercice du pouvoir de taxation fédéral en matière de taxes d'accise ou de tarifs influe d'une manière beaucoup plus précise sur les prix payés par les Canadiens pour de nombreuses marchandises. L'exercice de la compétence fédérale sur «l'intérêt de l'argent» et «les banques» a un effet sur le loyer de l'argent. Les exemples ne manquent pas.

Si l'on adopte l'attitude des demandeurs, on peut également soutenir que la *Loi sur les brevets* est entièrement invalide puisque la délivrance d'un brevet et la création d'un monopole en faveur du breveté ont normalement pour effet de donner presque *carte blanche* à ce dernier en ce qui a trait au prix étant donné qu'il est protégé contre toute concurrence pendant 17 ans. Cette attitude est clairement indéfendable. De même, on ne peut soutenir qu'en limitant le monopole du breveté en vertu du paragraphe 41(4), pour ainsi créer de la concurrence et obliger le titulaire de brevet à

value of his patent is less than it would be if he were to enjoy the normal 17-year period of exclusivity, but the property right which he acquires when he obtains a patent with respect to medicine consists of a limited monopoly which is subject to compulsory licensing at any time in the future. It is not a matter of him receiving an absolute grant which is then partially revoked. The original grant is of a limited character.

It was also argued at several points that subsection 41(4) is legislation in relation to the "contracts of a particular business or trade" within a province and therefore beyond the competence of Parliament. There are several cases holding that Parliament cannot in the exercise of its authority under section 91 head 2 of the *Constitution Act, 1867* with respect to "the regulation of trade and commerce" regulate the contracts of a particular business or trade within a province. While the utility of this principle is in any event somewhat limited by the fact that it leaves for purely subjective judgment what is a "particular business or trade", it has no relevance to the present case. Here Parliament is not exercising the trade and commerce power but another enumerated power, that with respect to patents, and in doing so may very well deal with the contracts of a particular business or trade as long as the law is otherwise a legitimate patent law. Again, there are many enumerated powers of Parliament which could not be exercised if Parliament were always precluded from regulating the contracts of a particular business or trade: for example its powers with respect to banking, interest, works declared for the general advantage of Canada, etc.

Finally, it was contended that subsection 41(4) is somehow rendered invalid because it is inconsistent with other parts of the *Patent Act*. It was contended for example that because sections 67 and 68 of the Act provide for the grant of a

partager le marché, le législateur fédéral a adopté une loi relative à la propriété. Sans doute la valeur du brevet du titulaire est-elle inférieure à ce qu'elle serait s'il jouissait de la période d'exclusivité normale de 17 ans, mais le droit de propriété qu'il acquiert à l'obtention d'un brevet relatif à des médicaments constitue un monopole restreint qui peut en tout temps par la suite être assujéti à l'octroi obligatoire d'une licence. Le breveté ne bénéficie pas d'une délivrance absolue qui est ensuite partiellement révoquée, la délivrance originale a en effet un caractère limité.

De plus, on a soutenu à plusieurs reprises que le paragraphe 41(4) est une mesure législative relative aux [TRADUCTION] «contrats d'une entreprise ou d'un commerce particuliers» dans une province et qu'elle outrepassé donc la compétence du Parlement. Plusieurs affaires ont statué que le législateur ne peut, dans l'exercice du pouvoir que lui confère la rubrique 2 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui a trait à «la réglementation des échanges et du commerce», réglementer les contrats d'une entreprise ou d'un commerce particuliers dans une province. Bien que l'utilité de ce principe soit de toute manière quelque peu limitée par le fait qu'il ouvre la voie à une évaluation purement subjective de ce qui constitue une «entreprise ou un commerce particuliers», il n'est pas pertinent en l'espèce. Dans la présente affaire, le Parlement n'exerce pas son pouvoir sur la réglementation des échanges et du commerce mais plutôt un autre pouvoir énuméré, soit son pouvoir en matière de brevets et ce faisant, il peut très bien viser les contrats d'une entreprise ou d'un commerce particuliers tant que la loi est par ailleurs une loi qui relève bien du domaine des brevets. À nouveau, rappelons que de nombreux pouvoirs énumérés du Parlement ne pourraient être exercés si ce dernier ne pouvait, à aucun moment, réglementer les contrats d'une entreprise ou d'un commerce particuliers: citons par exemple ses pouvoirs sur les banques, l'intérêt de l'argent, les travaux déclarés être à l'avantage général du Canada, etc.

Enfin, on a prétendu que le paragraphe 41(4) est, d'une certaine manière, rendu invalide en raison de son incompatibilité avec d'autres parties de la *Loi sur les brevets*. On a soutenu par exemple, que comme les articles 67 et 68 de la Loi

compulsory licence after the patent has been in effect for 3 years or more, where there has been abuse as defined in section 67, that implies that there can be no other situation where a compulsory licence can be granted. I am unable to find any constitutional principle that limits Parliament to the adoption of amendments which are in all respects consistent or harmonious with existing law, nor can I find any basis for holding that the concept of a "patent of invention and discovery", with respect to which Parliament may make laws, is that which was found in the *Patent Act* prior either to the 1969 amendment or to the 1923 amendment where compulsory licences for food and medicine were first introduced.

I therefore conclude that it is open to Parliament in the exercise of its jurisdiction under section 91 head 22 to so limit certain patent rights as to bring about the economic effects on patentees which the evidence has established here. Whether the result is fair or unfair, wise or unwise, is not relevant to a question of distribution of powers nor is it a matter for the Court to determine.

I therefore find subsection 41(4) of the *Patent Act* to be *intra vires* the Parliament of Canada.

Canadian Bill of Rights, paragraph 1(a)—This paragraph recognizes and declares the following rights:

1. . . .

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

The plaintiffs contend that subsection 41(4) of the *Patent Act* is inconsistent with paragraph (a) in that it has the effect of denying individuals the enjoyment of property without due process of law. This gives rise to three separate issues: whether the plaintiffs are "individuals", whether the enjoyment of property is affected, and whether subsection 41(4) authorizes a denial of due process of law.

prévoient l'octroi d'une licence obligatoire après que le brevet a été en vigueur pendant trois ans ou plus, dans les cas où il y a eu abus de la manière décrite à l'article 67, cela sous-entend qu'il ne peut y avoir d'autres situations où une licence obligatoire est susceptible d'être accordée. Je ne vois aucun principe constitutionnel qui obligerait le Parlement à n'adopter que des modifications à tous égards compatibles ou en harmonie avec la loi existante. De plus, je ne vois pas ce sur quoi on pourrait s'appuyer pour conclure que la notion de «brevet d'invention et de découverte», à l'égard de laquelle le Parlement peut adopter des lois, est celle que l'on trouvait dans la *Loi sur les brevets* avant la modification de 1969 ou celle de 1923 où ont été introduites pour la première fois les licences obligatoires en ce qui a trait aux aliments et aux médicaments.

Par conséquent, j'arrive à la conclusion qu'il est loisible au Parlement, dans l'exercice de son pouvoir en vertu de la rubrique 22 de l'article 91, de restreindre ainsi certains droits afférents à un brevet de manière à reporter les répercussions économiques sur les brevetés comme l'a démontré la preuve en l'espèce. La question de savoir si le résultat est juste ou non, judicieux ou non, n'est pas pertinente à l'égard d'une question de partage des pouvoirs et n'est pas non plus une question qu'il incombe à la Cour de trancher.

Je conclus donc que le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* relève de la compétence du Parlement du Canada.

Déclaration canadienne des droits, alinéa 1a)—Cet alinéa reconnaît et déclare les droits suivants:

1. . . .

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

Les demandeurs soutiennent que le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* est incompatible avec l'alinéa a) en ce qu'il a pour effet de refuser à des individus la jouissance d'un bien autrement que par l'application régulière de la loi. Cela soulève trois questions distinctes: les demandeurs sont-ils des «individus»? Est-il porté atteinte à la jouissance d'un bien? Et le paragraphe 41(4) permet-il de refuser l'application régulière de la loi?

It should first be noted again that Addy J. in his interlocutory order in this matter, held that the manner in which the law is administered can have no relevancy to the determination of whether it is rendered inoperative by reason of the Bill of Rights, this being a pure question of law determined by interpreting the texts of the *Patent Act* and the *Canadian Bill of Rights*. See (1982), 29 C.P.C. 117, at page 120.

It is clear that the term "individual" does not include bodies corporate. Therefore the corporate plaintiffs have no claim under paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*. The three plaintiffs who are "individuals" are Graham John Durant, John Colin Emmett, and Charon Robin Ganellin who are the inventors of Cimetidine. While evidence indicated that none of them has a direct interest any more in these patents, their rights having been assigned to their employer Smith, Kline & French Laboratories Limited by the terms of their employment, they are still potential inventors and the value of their services, past and future, is affected by this law. Having regard to the decision of the Supreme Court of Canada in *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575 that the plaintiff there had standing to seek a declaration as to alleged conflict between the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] and the *Canadian Bill of Rights*, it would appear that the individual plaintiffs here have standing to seek a declaration as to alleged conflict between the *Patent Act* and the *Canadian Bill of Rights*. Indeed, in the *Borowski* case there was nothing to suggest that Mr. Borowski had been or could ever be personally affected by the abortion sections of the *Criminal Code*. In the present case it appears to me that the interests of the three individual plaintiffs in having a declaration as to the impact of the *Canadian Bill of Rights* on subsection 41(4) of the *Patent Act* is much more direct. To the extent that the *Borowski* decision and earlier decisions of the Supreme Court of Canada upon which it was based require that it be unlikely that a constitutional or quasi-constitutional issue can otherwise be raised if the plaintiff is not entitled to seek a declaration, that requirement is met in the present case in my view. As the only rights protected by paragraphs 1(a) and (b) of the *Canadian Bill of Rights* are those of individuals, it seems to

Il convient tout d'abord de souligner encore une fois que le juge Addy, dans l'ordonnance interlocutoire qu'il a rendue en l'espèce, a jugé que la manière dont une loi est appliquée ne peut être pertinente pour déterminer si elle a été rendue inopérante pour la Déclaration des droits vu qu'il s'agit d'une simple question de droit qui est tranchée par l'interprétation des textes de la *Loi sur les brevets* et de la *Déclaration canadienne des droits*. Voir (1982), 29 C.P.C. 117, à la page 120.

Il est évident que le terme «individu» ne comprend pas les personnes morales. Par conséquent, les sociétés demandresses n'ont aucun droit d'action en vertu de l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*. Les trois demandeurs qui sont des «individus» sont Graham John Durant, John Colin Emmett et Charon Robin Ganellin, les inventeurs du Cimetidine. Bien que la preuve ait révélé qu'aucun d'eux ne possède plus maintenant d'intérêt direct dans ces brevets, la cession de leurs droits à leur employeur Smith, Kline & French Laboratories Limited ayant été prévue dans leurs conditions d'emploi, ils sont toujours des inventeurs en puissance et la valeur de leurs services, passés et à venir, sera touchée par cette loi. Eu égard à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575 selon laquelle le demandeur dans cette affaire avait l'intérêt nécessaire pour solliciter un jugement déclaratoire relativement au présumé conflit qui existait entre le *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34] et la *Déclaration canadienne des droits*, il appert que les particuliers demandeurs en l'espèce ont l'intérêt nécessaire pour demander un jugement déclaratoire en ce qui a trait au présumé conflit entre la *Loi sur les brevets* et la *Déclaration canadienne des droits*. En effet, rien dans l'arrêt *Borowski* ne suggérait que M. Borowski avait été ou pourrait un jour être personnellement visé par les articles sur l'avortement du *Code criminel*. En l'espèce, je suis d'avis que l'intérêt qu'ont les trois individus demandeurs à obtenir un jugement déclaratoire relativement à l'effet de la *Déclaration canadienne des droits* sur le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* est beaucoup plus direct. Dans la mesure où l'arrêt *Borowski* et les arrêts précédents de la Cour suprême du Canada sur lesquels il a été fondé posent comme condition qu'il soit peu probable qu'une question

me unlikely that there will be individual inventors of medicines with a more direct interest in attacking subsection 41(4) than those employed in a multi-national pharmaceutical business such as the individual plaintiffs here.

A further question then arises as to whether subsection 41(4) amounts to a deprivation of "property". For reasons explained above in connection with the distribution of powers question, I do not think the effect of subsection 41(4) is to take away from a patentee an absolute vested right to a monopoly for 17 years. No one has at common law an automatic right to a patent carrying with it a 17-year monopoly: see *Hoechst* case, *supra*. As for patents in relation to medicines, the *Patent Act* has since 1923 conferred a 17-year monopoly, but one which is defeasible. When a compulsory licence is issued, it does not amount to a taking away of a monopoly as the monopoly created by the patent was always a limited one subject to such decisions taken by applicants and the Commissioner with respect to the obtaining and granting of a compulsory licence. In this respect the property rights granted by a patent in respect to medicines are rather like a title to land in fee simple which is subject to the right-of-way of a neighbour passing over that land. If the neighbour does not use the right-of-way for 5 years and then starts to use it, his use does not amount to a taking of the property of the owner in fee simple: the owner's right was always subject to the possible inconvenience of use of the right-of-way arising out of a unilateral decision taken by the neighbour.

The defendant contends that, as the monopoly granted under section 41 is defeasible, the grant of a licence is not a "deprivation" of property as referred to in paragraph 1(a) of the Bill of Rights. I have concluded, however, that the process of the

constitutionnelle ou quasi constitutionnelle puisse autrement être soulevée si le demandeur n'est pas autorisé à demander un jugement déclaratoire, cette condition est, à mon avis, satisfaite en l'espèce. Étant donné que seuls les droits des individus sont protégés par les alinéas 1a) et b) de la *Déclaration canadienne des droits*, il m'apparaît peu probable que l'on trouve des individus, inventeurs de médicaments, qui posséderaient un intérêt plus direct pour contester le paragraphe 41(4) que ceux qui sont à l'emploi d'une entreprise multinationale de produits pharmaceutiques comme les individus demandeurs en l'espèce.

Se pose alors une autre question, soit celle de savoir si le paragraphe 41(4) équivaut à la privation d'un «bien» (*property*). Pour les motifs expliqués plus haut relativement à la question du partage des pouvoirs, je ne crois pas que le paragraphe 41(4) a pour effet d'enlever au breveté un droit acquis absolu à un monopole d'une durée de 17 ans. Nul n'a, en vertu de la *common law*, un droit automatique à un brevet assorti d'un monopole de 17 ans: voir l'arrêt *Hoechst* précité. Pour ce qui est des brevets portant sur des médicaments, la *Loi sur les brevets* confère, depuis 1923, un monopole de 17 ans qui peut toutefois être brisé. Le fait de délivrer une licence obligatoire n'équivaut pas à briser un monopole car le monopole créé par le brevet a toujours été limité, étant assujéti aux décisions des requérants et du commissaire en ce qui a trait à l'obtention et à l'octroi d'une licence obligatoire. À cet égard, les droits de propriété accordés par un brevet visant des médicaments correspondent plutôt à un titre sur un terrain détenu en propriété absolue qui serait assujéti au droit de passage d'un voisin sur ce terrain. Si le voisin n'utilise pas le droit de passage pendant cinq ans et qu'à un certain moment il commence à le faire, cet usage n'équivaut pas à s'emparer du bien de celui qui en a la propriété absolue: le droit du propriétaire a toujours été exposé aux inconvénients que pourrait causer l'utilisation du droit de passage par suite d'une décision unilatérale du voisin.

Le défendeur soutient que, comme le monopole accordé en vertu de l'article 41 peut être brisé, la délivrance d'une licence n'est pas la «privation» d'un bien dont fait mention l'alinéa 1a) de la Déclaration des droits. Toutefois, je suis arrivé à la

grant of a compulsory licence and the fixing of its terms do have the effect of determining when and under what conditions the exclusivity initially granted by a medical patent is to be terminated. This involves the definition or scope of one of the bundle of rights involved in the grant of a patent and is therefore a decision about property rights. The effect of a determination that the conditions prescribed by subsection 41(4) for the issue of a compulsory licence have been met is to thereby permit the impairment of the initial monopoly. To give the *Canadian Bill of Rights* the liberal interpretation advocated by the plaintiffs, and which I think is correct, it is appropriate to regard this as a "deprivation of property". If one were to adopt the narrower view of "deprived" as it appears in paragraph 1(a), it would mean that any advantage which is terminable at the discretion of an official cannot result in a deprivation so as to attract the safeguards of paragraph 1(a) of the Bill of Rights or section 7 of the Charter. This would mean, for example, that as parole is a privilege revocable by the Parole Board, its refusal or revocation is not a deprivation of "liberty" and can be effected without regard to these provisions. I have rejected this proposition elsewhere: see *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734; 9 D.L.R. (4th) 393 (T.D.); *Staples v. National Parole Board*, [1985] 2 F.C. 438 (T.D.).

The further question then remains as to whether subsection 41(4) is in accordance with "due process of law". The plaintiffs contend that "due process" has both a substantive and a procedural content. They further contend that substantive due process is denied because the effect of subsection 41(4) is to give the benefits of the property of A to B without adequate compensation. It is said that subsection 41(4) by its very structure precludes adequate compensation in directing the Commissioner to have regard to making the drug available "at the lowest possible price consistent with giving to the patentee due reward for the research leading

conclusion que le processus de délivrance d'une licence obligatoire et le fait d'en arrêter les conditions ont pour effet de déterminer à quel moment et à quelles conditions doit prendre fin la période d'exclusivité accordée au départ par un brevet couvrant des médicaments. Cela touche la définition ou l'étendue de l'un des nombreux droits que met en jeu la délivrance d'un brevet et constitue, par conséquent, une décision concernant des droits de propriété. Le fait de décider que les conditions prescrites par le paragraphe 41(4) pour la délivrance d'une licence obligatoire ont été satisfaites a donc pour conséquence de permettre l'affaiblissement du monopole initial. Afin de donner à la *Déclaration canadienne des droits* l'interprétation libérale que proposent les demandeurs et qui, selon moi, est bien fondée, il convient de considérer cet affaiblissement comme une [TRADUCTION] «privation de bien». Si l'on devait adopter l'interprétation plus étroite du terme «privé» ainsi qu'il apparaît à l'alinéa 1a) cela signifierait que tout avantage auquel un fonctionnaire peut, à sa discrétion, mettre fin ne peut se traduire par une privation faisant intervenir les garanties prévues à l'alinéa 1a) de la Déclaration des droits ou à l'article 7 de la Charte. Cela signifierait, par exemple, que comme une libération conditionnelle est un privilège révocable par la Commission des libérations conditionnelles, la décision de la refuser ou de la révoquer ne constitue pas une privation de la «liberté» et pourrait être prise sans tenir compte de ces dispositions. J'ai rejeté cette proposition dans d'autres affaires: voir *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734; 9 D.L.R. (4th) 393 (1^{re} inst.); *Staples c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1985] 2 C.F. 438 (1^{re} inst.).

Reste maintenant la question de savoir si le paragraphe 41(4) est conforme à «l'application régulière de la loi». Les demandeurs soutiennent que «l'application régulière de la loi» porte sur le fond et la procédure. Ils prétendent en outre que l'application régulière de la loi quant au fond est refusée parce que le paragraphe 41(4) a pour effet de conférer les avantages du bien de A à B sans indemnisation adéquate. On dit que le paragraphe 41(4), de par sa structure même, fait obstacle à une indemnisation adéquate en ce qu'il ordonne au commissaire de tenir compte de l'opportunité de rendre le médicament accessible «au plus bas prix

to the invention” (emphasis added). By confining consideration only to the research leading to the invention, it is said, the Commissioner cannot order a royalty which is compensatory because this excludes the costs of all the research leading to inventions which are unsuccessful and which must be retrieved from profits of successful inventions, and it excludes post-research costs necessarily incurred to reach the stage of marketing. Further, it is argued that subsection 41(4) as it has been interpreted by the courts denies procedural due process because it allows the Commissioner to determine his own procedure which is arbitrary and to fix royalties without regard to pertinent information.

This argument raises the difficult question as to whether “due process” as referred to in paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* has a substantive content. This question has never been clearly and determinatively answered by the higher courts but such authority as there is militates against “due process” being given a substantive content.

The issue was addressed at length by the Supreme Court of Canada in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889 where it was argued that mandatory breath tests prescribed under the *Criminal Code* for persons suspected of drunken or impaired driving involved a denial of “due process” under the *Canadian Bill of Rights*. The Supreme Court of Canada rejected this contention. Laskin J. [as he then was] writing for the majority, while leaving open the possibility that “due process” might some day be given a substantive content, in his reasoning gave ample indication that such a step would be highly questionable. In particular he emphasized that the *Canadian Bill of Rights* is only a statutory guide to the interpretation of federal legislation and not a constitutional directive. He also emphasized the difficulties which courts would have, in the absence of established criteria for substantive due process, in passing

possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention (c'est moi qui souligne). On affirme qu'en tenant compte seulement des recherches qui ont conduit à l'invention, le commissaire ne peut ordonner le versement d'une redevance qui soit compensatoire parce que cela exclut les coûts de toutes les recherches qui ont conduit à des inventions infructueuses, lesquels doivent être payés au moyen des bénéfices tirés des inventions fructueuses, ainsi que les coûts postérieurs aux recherches qui ont forcément été engagés pour atteindre l'étape de la commercialisation. En outre, les demandeurs soutiennent que le paragraphe 41(4), ainsi qu'il a été interprété par les tribunaux, refuse l'application régulière de la loi quant à la procédure car il permet au commissaire de décider de sa propre procédure, qui est arbitraire, et de fixer les redevances sans tenir compte de renseignements pertinents.

Cet argument soulève la délicate question de savoir si «l'application régulière de la loi» visée à l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* s'attache au fond. Les tribunaux supérieurs n'ont jamais répondu de façon claire et déterminante à cette question, mais la jurisprudence qui existe n'est pas favorable à l'interprétation selon laquelle «l'application régulière de la loi» s'attache au fond.

La Cour suprême du Canada a longuement examiné cette question dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889 où on a prétendu que les analyses obligatoires d'échantillon d'haleine prescrites par le *Code criminel* à l'égard des personnes soupçonnées de conduite en état d'ébriété ou avec les facultés affaiblies avaient pour effet de nier le droit à «l'application régulière de la loi» prévue à la *Déclaration canadienne des droits*. La Cour suprême du Canada a rejeté cette prétention. Le juge Laskin [tel était alors son titre], qui a rédigé le jugement de la majorité, a, tout en évoquant la possibilité que l'on voit un jour dans «l'application régulière de la loi» une disposition de fond, donné dans son raisonnement de nombreuses indications qu'une telle mesure serait hautement discutable. En particulier, il a mis l'accent sur le fait que la *Déclaration canadienne des droits* ne constitue seulement qu'un guide statutaire pour l'interpréta-

judgment on the propriety of legislation. At pages 899-900 he said:

Assuming that "except by due process of law" provides a means of controlling substantive federal legislation—a point that did not directly arise in *Regina v. Drybones*—compelling reasons ought to be advanced to justify the Court in this case to employ a statutory (as contrasted with a constitutional) jurisdiction to deny operative effect to a substantive measure duly enacted by a Parliament constitutionally competent to do so, and exercising its powers in accordance with the tenets of responsible government, which underlie the discharge of legislative authority under the *British North America Act*. Those reasons must relate to objective and manageable standards by which a Court should be guided if scope is to be found in s. 1(a) due process to silence otherwise competent federal legislation. Neither reasons nor underlying standards were offered here. For myself, I am not prepared in this case to surmise what they might be.

And at pages 902-903 he said:

Certainly, in the present case, a holding that the enactment of s. 223 has infringed the appellant's right to the security of his person without due process of law must be grounded on more than a substitution of a personal judgment for that of Parliament. There is nothing in the record, by way of evidence or admissible extrinsic material, upon which such a holding could be supported. I am, moreover, of the opinion that it is within the scope of judicial notice to recognize that Parliament has acted in a matter that is of great social concern, that is the human and economic cost of highway accidents arising from drunk driving, in enacting s. 223 and related provisions of the *Criminal Code*. Even where this Court is asked to pass on the constitutional validity of legislation, it knows that it must resist making the wisdom of impugned legislation the test of its constitutionality. *A fortiori* is this so where it is measuring legislation by a statutory standard, the result of which may make federal enactments inoperative.

While a more recent pronouncement by three Judges of the Supreme Court (see *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 224) appears to attribute some constitutional character to the *Canadian Bill of Rights*, the lack of any standard in the Bill for judicial determination of the substantive propriety of legislation as referred to by Laskin J. is still very pertinent. I have found as a matter of fact that subsection 41(4) does reduce the profitability

tion des mesures législatives fédérales et non une directive constitutionnelle. Il a également fait ressortir les difficultés que rencontreraient, en l'absence de critères déterminés relativement à l'application régulière de la loi quant au fond, les tribunaux appelés à rendre jugement sur le caractère approprié des mesures législatives. Aux pages 899 et 900, il a dit:

A supposer que grâce à la disposition «ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi», il est possible de contrôler le fond de la législation fédérale—question qui n'a pas directement été soulevée dans l'affaire *Regina c. Drybones*—il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Ces raisons doivent se rapporter à des normes objectives et faciles à appliquer, qui doivent guider les tribunaux, si on veut que l'application régulière dont il est question à l'alinéa (a) de l'art. 1, permette d'annuler une loi fédérale par ailleurs valide. En l'espèce, aucune raison ni aucune norme fondamentale n'ont été énoncées. Quant à moi, je ne suis pas disposé à faire des conjectures à ce sujet.

Et, aux pages 902 et 903, il a dit:

En l'espèce, pour décider que l'art. 223 enfreint le droit de l'appelant de ne se voir privé de la sécurité de sa personne que par l'application régulière de la loi, il faut certainement qu'il y ait plus qu'une substitution d'un jugement personnel au jugement du Parlement. Rien au dossier, que ce soit une preuve ou une matière extrinsèque recevable, ne peut étayer pareille décision. De plus, je suis d'avis que les tribunaux peuvent reconnaître judiciairement que le Parlement a agi dans un domaine d'une grande importance sociale, soit le coût, en vie [sic] humaines et en argent, des accidents de la route dus à la conduite d'un véhicule par une personne en état d'ébriété, lorsqu'il a adopté l'art. 223 et les dispositions connexes du *Code criminel*. Cette Cour sait que même lorsqu'on lui demande de statuer sur la constitutionnalité d'une loi, elle doit se garder de faire de la sagesse de la loi contestée le critère de sa constitutionnalité. *A fortiori*, il en est ainsi lorsqu'elle évalue une loi en partant d'une norme statutaire, pareille évaluation pouvant rendre inopérantes des mesures législatives fédérales.

Bien qu'une décision plus récente de trois juges de la Cour suprême (voir *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 224) semble attribuer un certain caractère constitutionnel à la *Déclaration canadienne des droits*, l'absence dans la Déclaration de toute norme permettant à un tribunal de se prononcer sur le caractère approprié du fond d'un texte législatif comme l'a mentionné le juge Laskin demeure toujours très pertinente. À vrai dire, j'ai

of medical patentees in Canada where they are subjected to competition from compulsory licensees. But I am unable to accept the proposition that any law which reduces the profitability of one sector of an industry and enhances the profitability of another sector is *per se* contrary to “due process”. Conceivably it could be argued, for example, that a law which makes it prohibitory for an enterprise otherwise lawful to be continued denies substantive “due process”. Even if this were so, and I do not presume to hold that it is so, the evidence does not establish that that is the effect of subsection 41(4). What other criteria should I apply in deciding, as the plaintiffs invite me to do, that Parliament has violated due process in enacting subsection 41(4)? As Laskin J. pointed out, the U.S. courts have largely abandoned “economic due process” for the precise reason that the judgments required to apply such a concept are essentially arbitrary social and economic decisions which are normally the proper preserve of elected legislatures.

It was also argued, on the basis of *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583 (H.C.J. Div. Ct.) that as subsection 41(4) provides no adequate criteria for denial of exclusivity of patent rights, it denies due process. It should be noted that the case cited dealt with the question of what is a “limit [...] prescribed by law” in section 1 of the Charter, not what is “due process” under the Bill. Moreover, in the impugned legislation there were no criteria prescribed for censorship. Here subsection 41(4) does direct the attention of the Commissioner to questions of price and cost of research.

Although greatly aided by counsel through the examination of *Magna Carta* and cases from the courts of Ireland, I must in the final analysis

conclu que le paragraphe 41(4) réduit la rentabilité au Canada des titulaires de brevets couvrant des médicaments lorsqu'ils doivent faire face à la concurrence des preneurs de licence obligatoire. Toutefois, je ne peux accepter l'argument voulant que toute loi qui réduit la rentabilité d'un secteur d'une industrie tout en augmentant celle d'un autre secteur est en soi contraire à «l'application régulière de la loi». Il est concevable de croire qu'on pourrait par exemple soutenir qu'une loi interdisant la poursuite d'une entreprise par ailleurs légale porterait atteinte à «l'application régulière de la loi» quant au fond. Même si c'était le cas, et je n'ose pas conclure que ce l'est, la preuve ne démontre pas que le paragraphe 41(4) a cet effet. Quels autres critères devrais-je appliquer pour décider, comme les demandeurs m'invitent à le faire, que le législateur fédéral a porté atteinte à l'application régulière de la loi lorsqu'il a adopté le paragraphe 41(4)? Comme le juge Laskin l'a souligné, les tribunaux américains ont, dans une large mesure, abandonné la norme de «l'application régulière de la loi en matière d'économie» précisément parce que les jugements tenus d'appliquer un tel concept sont essentiellement des décisions arbitraires dans le domaine social et économique qui relèvent normalement de la compétence des assemblées législatives élues.

On a également soutenu, sur le fondement de la décision *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583 (H.C.J. C. div.) que, étant donné que le paragraphe 41(4) ne prévoit aucun critère adéquat pour refuser l'exclusivité des droits afférents à un brevet, il porte atteinte à l'application régulière de la loi. Il convient de souligner que la décision citée traitait de la question de savoir ce qui constitue, à l'article 1 de la Charte, une «limite» imposée par «une règle de droit» et non ce qu'est «l'application régulière de la loi» prévue dans la Déclaration. En outre, la mesure législative contestée ne prescrivait aucun critère en matière de censure. En l'espèce, le paragraphe 41(4) attire l'attention du commissaire sur des questions relatives au prix du médicament et au coût des recherches.

Bien que les avocats m'aient considérablement aidé en examinant la *Magna Carta* et certains arrêts des tribunaux d'Irlande, je dois, en dernière

interpret the *Canadian Bill of Rights* in the light of Canadian jurisprudence. There is very little in that jurisprudence to suggest to me that paragraph 1(a) authorizes any court to treat the substantive provisions of subsection 41(4) of the *Patent Act* as inoperative on the ground that it is unfair in an economic sense to patentees of medicines.

It remains to consider, however, whether subsection 41(4) denies "due process" in the procedural sense. It should be noted that the Federal Court of Appeal has clearly held that the subsection is not inconsistent with paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* which says that no law shall be construed or applied so as to

2. ...

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

In *American Home Products Corporation v. Commissioner of Patents et al.* (1983), 71 C.P.R. (2d) 9 the Court of Appeal, while seemingly accepting that a determination by the Commissioner under subsection 41(4) is a determination of "rights and obligations", held that it complied with the requirements of paragraph 2(e). The Court said that the Commissioner is authorized to make the decision on a quasi-judicial basis but this did not require that the patentee be entitled either to cross-examine on the applicant's affidavit or to have an oral hearing before the Commissioner. It was sufficient that, as the Rules provide, the patentee be able to file a counter-statement in opposition to the application.

Mr. Henderson argued on behalf of the plaintiffs here that the recognition of the right not to be deprived of property except "by due process of law" in paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* must have a meaning wider than or different from the "fair hearing" requirement of paragraph 2(e) or the two requirements would not both have been included in the Bill of Rights. I am prepared to accept that the concept of procedural "due process" is broader than that of a "fair hearing" and it therefore remains to determine whether there are aspects of the operation of sub-

analyse, interpréter la *Déclaration canadienne des droits* à la lumière de la jurisprudence canadienne. Cette jurisprudence contient très peu d'éléments qui me portent à croire que l'alinéa 1a) autorise un tribunal à considérer inopérantes les dispositions de fond du paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* pour le motif qu'elles sont injustes sur le plan économique à l'égard des titulaires de brevets couvrant des médicaments.

Toutefois, il reste à examiner si le paragraphe 41(4) porte atteinte à «l'application régulière de la loi» au sens procédural. Il importe de souligner que la Cour d'appel fédérale a clairement jugé que ce paragraphe n'est pas incompatible avec l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* qui précise que nulle loi ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

2. ...

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

Dans l'arrêt *American Home Products Corporation c. Commissaire des brevets et autre* (1983), 71 C.P.R. (2d) 9, bien qu'acceptant apparemment, qu'une décision prise par le commissaire en vertu du paragraphe 41(4) constitue une décision à l'égard de «droits et obligations», la Cour d'appel a statué que cette décision respectait les exigences de l'alinéa 2e). La Cour a dit que le commissaire peut rendre une décision suivant un processus quasi judiciaire, mais que cela n'exigeait pas que le titulaire de brevet ait le droit de contre-interroger le requérant sur son affidavit ou à une audition orale devant le commissaire. Il suffisait, comme le prévoient les Règles, que le titulaire de brevet soit en mesure de présenter un contre-mémoire en opposition à la demande.

Monsieur Henderson a soutenu, pour le compte des demandeurs en l'espèce, que la reconnaissance du droit de ne pas être privé de ses biens sauf «par l'application régulière de la loi» prévue à l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* doit avoir un sens plus vaste ou encore différent de l'exigence de l'alinéa 2e) relativement à une «audition impartiale», sinon ces exigences n'auraient pas été insérées toutes les deux dans la *Déclaration des droits*. Je suis prêt à admettre que le concept de «l'application régulière de la loi» quant à la procédure est plus large que celui d'une «audition

section 41(4) of the *Patent Act* which were not before the Federal Court of Appeal in the *American Home Products* case, *supra*, and which may give rise to questions of "due process".

To do this, it is necessary to review briefly the jurisprudence interpreting subsection 41(4). As noted previously, the case has proceeded on the basis of Addy J.'s decision that in determining whether the subsection is inoperative because of the Bill of Rights, one must look only at the texts of the two statutes. This examination must, of necessity, include the legal interpretations put on the two sections.

As subsection 41(4) is, for all purposes relevant to due process, identical with former subsection 41(3), one may equally look at pre-1969 jurisprudence as to the proper interpretation of that subsection.

In *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] S.C.R. 219, at page 228 the Supreme Court of Canada said with respect to the royalty to be fixed under subsection 41(3) that it should "be commensurate with the maintenance of research incentive and the importance of both process and substance". In *Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Bell-Craig Pharmaceuticals Division of L. D. Craig Ltd.*, [1965] 2 Ex.C.R. 266, at pages 289-290, Jackett P. said that the royalty should be something less than the price that would be paid for such a licence in a free market by a willing licensee to a willing licensor (the test adopted by the Supreme Court of Canada in *The King v. Irving Air Chute*, [1949] S.C.R. 613 in fixing royalties under section 19 of the *Patent Act* payable by the Crown in respect of compulsory licences taken by it), but at least as much as would be required by the test laid down in the *Parke, Davis* case *supra*. He held, *inter alia*, that the inventor or patentee was not entitled to insist on having the royalty set at that percentage which the patentee's current research and development costs were of its current total sales. This latter proposition was also rejected by Thurlow J. in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Frank W. Horner Ltd.*, Attor-

impartiale» et que, par conséquent, il reste à déterminer s'il y a des aspects de l'application du paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* qui n'ont pas été soumis à la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *American Home Products*, précité, et qui peuvent donner lieu à des questions relatives à «l'application régulière de la loi».

À cette fin, il est nécessaire de passer brièvement en revue la jurisprudence qui interprète le paragraphe 41(4). Comme il a été souligné précédemment, le dossier a suivi son cours à la lumière de la décision du juge Addy selon laquelle, pour déterminer si le paragraphe est inopérant à cause de la Déclaration des droits, il faut se borner à l'examen des textes des deux lois. Cet examen comprend nécessairement les interprétations juridiques des deux articles.

Étant donné que le paragraphe 41(4) est, à toutes fins pertinentes à l'égard de l'application régulière de la loi, identique à l'ancien paragraphe 41(3), on peut également examiner la jurisprudence antérieure à 1969 concernant l'interprétation qu'il fallait donner à ce paragraphe.

Dans l'arrêt *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] R.C.S. 219, à la page 228, la Cour suprême du Canada a dit, relativement à la redevance qui doit être fixée en vertu du paragraphe 41(3), qu'elle devrait [TRADUCTION] «permettre de soutenir l'encouragement de la recherche et être proportionnelle à l'importance du procédé et du produit». Dans l'affaire *Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Bell-Craig Pharmaceuticals Division of L. D. Craig Ltd.*, [1965] 2 R.C.É 266, aux pages 289 et 290, le président Jackett a dit que la redevance devrait être quelque peu inférieure au prix qui serait payé pour une telle licence dans un marché libre par un preneur de licence consentant à un donneur de licence consentant (critère adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *The King v. Irving Air Chute*, [1949] R.C.S. 613 pour fixer, en vertu de l'article 19 de la *Loi sur les brevets*, les redevances payables par la Couronne relativement aux licences obligatoires qu'elle a prises), mais au moins égale à celle qui serait exigée en vertu du critère établi dans l'arrêt *Parke, Davis* précité. Il a jugé notamment que l'inventeur ou le breveté n'avait pas le droit d'insister pour que l'on fixe la redevance au pourcentage que représentaient pour le titulaire du brevet ses

ney-*General of Canada, Intervenant* (1970), 64 C.P.R. 93 (Ex. Ct.) with respect to the royalty payable under subsection 41(4). It was further said in that case that the Commissioner could look at all the evidence before him and could also apply his own general knowledge. It was held at page 107 that the compensation to be fixed under subsection 41(4) is not to be equated to damages for infringement nor to the profits which the licensee might make through the use of the invention. Nor is it equated to compensation for interference with the business of the patentee. At page 114 a distinction was drawn between the Canadian and United Kingdom compulsory licensing provisions: the compensation payable under the latter was said to be intended more closely to equal damages that might be payable for infringement.

It appears that even by 1970 the pattern had emerged of the royalty being fixed under subsection 41(4) at 4%. In another decision of that year Thurlow J. in *Pfizer (Charles) & Co. Inc. v. Novopharm Ltd.* (1970), 65 C.P.R. 132 (Ex. Ct.), at page 146 upheld such a practice as follows:

What impressed me much more from the argument was the fact that notwithstanding such obvious differences as existed between the cases, as for example, differences in the drugs with which the inventions were concerned and in the patents in respect of which licences were sought, differences as well in the classes of drugs to which the inventions applied and differences in the levels of prices and proposed prices therefor, the result reached by the Commissioner in all cases was 4% of the selling price in final dosage forms. This suggests to me that in fact the Commissioner, having reached a rough and ready conclusion as to a fair percentage of the selling price in final dosage form as representing an appropriate royalty in the first of the cases which he dealt with under the amended section, adopted that percentage and formula as a starting point applicable to other cases as well except in so far as the facts put before him might serve to persuade him to increase or decrease the percentage. While I think it is incumbent on the Commissioner to deal with the matter on the facts of the particular case, I do not think there is any sound objection to his approaching a problem of this nature, the solution of which depends to a considerable extent on the application of the "broad axe" principle, by the

dépenses courantes de recherche et de développement sur ses ventes courantes totales. Cette dernière proposition a également été rejetée par le juge Thurlow dans l'affaire *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Frank W. Horner Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1970), 64 C.P.R. 93 (C. de l'É.) en ce qui a trait à la redevance payable en vertu du paragraphe 41(4). Il a en outre été déclaré dans cette affaire que le commissaire pouvait examiner tous les éléments de preuve portés à sa connaissance et faire appel également à ses propres connaissances générales. On a conclu, à la page 107, que la rémunération qui doit être fixée en vertu du paragraphe 41(4) ne représente pas les dommages pour contrefaçon ni les bénéfices que l'utilisation de l'invention peut procurer au détenteur de la licence. Elle n'équivaut pas non plus à une indemnisation pour ingérence dans les affaires du breveté. À la page 114, on a établi une distinction entre les dispositions législatives du Canada et du Royaume-Uni en matière de licence obligatoire: on a dit que la rémunération payable en vertu de ces dernières visait davantage à se rapprocher des dommages auxquels pourraient donner droit une action en contrefaçon.

Il appert que déjà, en 1970, on avait vu poindre une norme de 4 % pour ce qui est de la redevance fixée en vertu du paragraphe 41(4). Dans une autre décision rendue cette même année, le juge Thurlow, dans *Pfizer (Charles) & Co. Inc. v. Novopharm Ltd.* (1970), 65 C.P.R. 132 (C. de l'É.), à la page 146, a jugé valide une telle pratique dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Ce qui, dans la discussion, m'a beaucoup plus impressionné, c'est le fait que nonobstant les différences manifestes qui existaient entre les affaires, comme par exemple les différences entre les médicaments que concernaient les inventions et entre les brevets au sujet desquels les licences étaient sollicitées, ainsi que les différences entre les catégories de médicaments auxquels s'appliquaient les inventions et les différences entre le niveau des prix et entre celui des prix proposés pour ceux-ci, le commissaire est arrivé dans tous les cas au résultat de 4 p. 100 du prix de vente sous forme posologique définitive. Ceci m'incite à penser qu'en fait le commissaire, après être arrivé à une conclusion sommaire et hâtive quant au pourcentage équitable du prix de vente sous forme posologique définitive représentant une redevance appropriée dans la première affaire dont il s'est occupé en vertu de l'article modifié, a adopté ce pourcentage et cette formule comme point de départ applicable aux autres affaires, sauf dans les cas où les faits qu'on lui présenterait le persuaderaient d'augmenter ou de réduire le pourcentage. Bien qu'il incombe à mon avis au commissaire de traiter chaque cas selon les faits qui lui sont propres, je ne pense pas que l'on puisse faire

initial application of such a rule of thumb approach, provided that due consideration is thereafter given to how far the facts of the particular case indicate that an alteration should be made in the percentage which the rule of thumb suggests. There is, as I see it, nothing uncommon about such an approach in valuing more than one type of property and it frequently serves as a guide to a reasonable conclusion. Here, as I see it, there was nothing in the material before the Commissioner that could have been expected to alter the result which the rule of thumb itself suggested.

While there is a right of appeal with respect to decisions taken under section 41 with respect to compulsory licences (except as to the grant of interim licences) it is well established in the jurisprudence that the decision is one which the Commissioner must make and his decision should not be set aside unless it is based on some wrong principle or unless it is manifestly wrong (i.e., so wrong that it could not have been based on the evidence or the law). If such a defect should be found, then the Court should set aside the decision and refer the matter back to the Commissioner for reconsideration. See, e.g., *Merck & Co. v. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1974] S.C.R. 839; (1972), 4 C.P.R. (2d) 193 (with respect to fixing royalties). The same applies with respect to a determination by the Commissioner as to whether there is "good reason" for not granting a licence: see *Parke, Davis* case, *supra*. The deference shown to the Commissioner's decision as to royalties is well illustrated in the *Merck & Co.* case where the applicant had proposed paying a royalty of 15% of the net value for import of the drug imported in bulk. The patentee opposed the licence and rejected the royalty. The applicant then changed his proposal to a royalty of 4% of the net retail price of the drug in its finished dosage form. The Commissioner fixed the royalty at 4% of the net selling price. An appeal was heard in the Exchequer Court by Thurlow J. [(1971), 65 C.P.R. 99] who referred the royalty question back to the Commissioner, primarily on the basis that there was nothing in the material to indicate a basis for the conclusion that the lower royalty was to be preferred over the one first offered by the applicant. On appeal to the Supreme Court the latter reversed the decision of Thurlow J. and confirmed the decision of the Commissioner on the grounds that there was nothing in the record before the Supreme Court to indicate that the Commissioner

d'objections sérieuses à sa façon d'aborder un problème de cette nature, dont la solution dépend dans une large mesure de l'application de principes «taillés à coups de hache», en appliquant d'abord ce procédé approximatif, pourvu qu'ensuite, il examine suffisamment dans quelle mesure les faits particuliers à l'affaire justifient une modification du pourcentage suggéré par ce procédé approximatif. On a, à mon avis, assez souvent recours à cette méthode pour évaluer plusieurs sortes de propriété et elle sert fréquemment de guide pour parvenir à une conclusion raisonnable. Dans le cas présent, je ne vois rien dans les documents soumis au commissaire qui aurait pu modifier le résultat que ce procédé approximatif lui-même suggérerait.

Bien qu'il existe un droit d'appel en ce qui a trait aux décisions prises en vertu de l'article 41 à l'égard des licences obligatoires (à l'exception de la délivrance de licences provisoires), il est bien établi dans la jurisprudence que la décision relève exclusivement de la compétence du commissaire et qu'elle ne devrait pas être annulée à moins de reposer sur un mauvais principe ou d'être manifestement erronée (c.-à-d., tellement erronée qu'elle ne peut avoir été fondée sur la preuve ou sur le droit). Si un tel défaut devait être découvert, la Cour devrait alors annuler la décision et renvoyer la question devant le commissaire pour qu'il l'examine de nouveau. Voir, par exemple, *Merck & Co. c. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1974] R.C.S. 839; (1972), 4 C.P.R. (2d) 193 (relativement à la fixation des redevances). La même règle s'applique à l'égard d'une décision du commissaire relativement à la question de savoir s'il existe de «bonnes raisons» de ne pas délivrer la licence: voir l'arrêt *Parke, Davis*, précité. L'arrêt *Merck & Co.*, dans lequel la requérante avait proposé de payer une redevance s'élevant à 15 % de la valeur nette à l'importation du médicament importé en vrac, illustre bien la déférence témoignée à l'endroit de la décision du commissaire à l'égard des redevances. Le breveté s'est opposé à la licence et a refusé la redevance. La requérante a alors fait une nouvelle offre de 4 % du prix net au détail du médicament sous sa forme posologique définitive. Le commissaire a fixé la redevance à 4 % du prix net de vente. En appel de cette décision devant la Cour de l'Échiquier [(1971), 65 C.P.R. 99], le juge Thurlow a renvoyé la question de la redevance au commissaire, principalement pour le motif que rien dans les documents soumis ne permettait de conclure que la redevance inférieure devait être préférée à celle qui avait été offerte en premier par la requérante. En appel devant la Cour suprême, cette dernière a infirmé la décision du juge Thur-

had not performed his duty or that he had acted on the wrong principle or that the decision was manifestly wrong. In other words, in the absence of some indication as to the basis for the decision, it was to be presumed to be right.

Does the subsection, as so interpreted, deny procedural due process in some sense other than the requirement of a fair hearing (which, as noted above, the Court of Appeal has already found to be satisfied by the subsection)? In my view due process requires, in addition to a fair hearing, a total process which provides, for the making of a decision authorized by law, a means for rationally relating the facts in the case to criteria legally prescribed, as in this case, by Parliament. The nearness with which the two have to be related will depend on the precision with which Parliament has prescribed the criteria and the degree of discretion which it has left to the decision-maker to decide whether result B should necessarily flow from fact A.

It is apparent from the authoritative interpretations to which I have referred that in settling the terms of compulsory licences, where the Commissioner is required by law to have regard

... to the desirability of making the medicine available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the patentee due reward for the research leading to the invention ...

he is obliged to keep the royalty below what a freely negotiated rate would be. But in having regard to "due reward for the research" he is not obliged by Parliament to ascertain the precise costs of research of the drug in question. It is also apparent from the judicial interpretations that he is expected to apply his own knowledge as well as that gained from the particular proceedings and that he is to have a wide measure of discretion which the courts will not interfere with unless he has clearly gone wrong in principle. The Supreme Court, in considering the analogous function of the Commissioner under section 19 of the Act with

low et a confirmé la décision du commissaire pour les motifs que rien dans le dossier qui lui avait été soumis n'indiquait que le commissaire n'avait pas rempli son devoir, qu'il s'était fondé sur un mauvais principe ou que sa décision était manifestement erronée. En d'autres termes, en l'absence de certaines indications quant au fondement de la décision, il fallait présumer qu'elle était fondée.

Est-ce que, suivant cette interprétation, le paragraphe nie le droit à l'application régulière de la loi quant à la procédure dans quelque sens autre que l'exigence d'une audition impartiale (exigence que la Cour d'appel, comme il a été mentionné plus haut, a déjà jugé satisfaite par le paragraphe)? À mon avis, l'application régulière de la loi exige, outre une audition impartiale, un processus complet prévoyant, pour la prise d'une décision autorisée par la loi, un moyen qui permette de rapprocher, d'une manière rationnelle, les faits de l'affaire des critères prescrits par la loi, en l'occurrence par le Parlement. La fidélité du lien, qui doit exister entre ces deux éléments, dépendra de la précision avec laquelle le législateur prescrit les critères et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire qu'il laisse à l'instance décisionnelle afin de déterminer si le résultat B devrait nécessairement découler du fait A.

Il ressort clairement des interprétations jurisprudentielles et doctrinales dont j'ai fait mention que pour arrêter les conditions des licences obligatoires, lorsque le commissaire est obligé par la loi de tenir compte

... de l'opportunité de rendre les médicaments accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention ...

il est tenu de garder la redevance à un niveau inférieur au taux qui serait négocié librement. Toutefois, lorsqu'il tient compte de la «juste rémunération pour les recherches» il ne se voit pas contraint par le Parlement de vérifier les coûts précis des recherches menées à l'égard du médicament en question. Il ressort également des interprétations judiciaires qu'on s'attend à ce qu'il fasse appel à ses propres connaissances ainsi qu'à celles acquises au cours des procédures de la cause et qu'il doit jouir d'un vaste pouvoir discrétionnaire à l'égard duquel les tribunaux n'interviendront pas, à moins qu'il n'applique clairement un mauvais prin-

respect to fixing compensation for patents used by the Government of Canada, and in considering the right of appeal of that decision to this Court similar to the right of appeal provided in subsection 41(11), has regarded the Commissioner's function as that of an arbitrator and for this reason has limited drastically the grounds upon which the Court can interfere with his decision. See the *Irving Air Chute* case *supra* at page 621. This suggests that Parliament has conferred a wide discretion on the Commissioner and as an arbitrator his decisions may be somewhat arbitrary. As long as they are within a wide range permitted by the subsection they cannot be challenged.

Given the nature of the process prescribed by subsection 41(4), as interpreted in a number of decisions binding on me, I am unable to say that the procedure authorized by the section is irrational or unsuitable for making the necessary connection between such facts as are relevant and such conclusions as depend on those facts. I therefore conclude that as written and interpreted, subsection 41(4) does not deny due process of law.

The evidence indicated that since the 1969 amendment, virtually all applications which have not been withdrawn have been granted and that in virtually all cases the royalty has been fixed at 4%. The fact that all applications have been granted is perhaps not too surprising as the subsection says that when such an application is made the Commissioner "shall grant . . . a licence to do the things specified in the application except such, if any, of those things in respect of which he sees good reason not to grant such a licence". The Supreme Court said in relation to the similar language of subsection 41(3) that a decision of the Commissioner as to "good reason" was final unless it could be said that it proceeded on the basis of some wrong principle: see *Parke, Davis* case *supra*. It is more surprising that the royalty has always turned out to be 4%. It is difficult to believe that circumstances would not have indicated a somewhat different rate among the several hundred

cipe. La Cour suprême, qui examinait alors la fonction analogue exercée par le commissaire en vertu de l'article 19 de la Loi en ce qui a trait à la fixation des indemnités pour les brevets utilisés par le gouvernement du Canada, après avoir considéré que le droit d'en appeler de cette décision à cette Cour est semblable au droit d'appel prévu au paragraphe 41(11), a jugé que la fonction du commissaire était celle d'un arbitre et a, pour ce motif, limité de façon radicale les motifs pour lesquels la Cour peut toucher à sa décision. Voir l'arrêt *Irving Air Chute*, précité, à la page 621. On peut en déduire que le Parlement a conféré un vaste pouvoir discrétionnaire au commissaire et qu'il est possible qu'en tant qu'arbitre, ses décisions soient quelque peu arbitraires. Tant qu'elles demeurent dans le cadre assez large autorisé par le paragraphe, elles ne peuvent être contestées.

Étant donné la nature de la procédure prescrite par le paragraphe 41(4), suivant l'interprétation qu'en ont donnée un certain nombre de décisions par lesquelles je suis lié, il m'est impossible d'affirmer que la procédure autorisée par cette disposition est illogique ou impropre à l'établissement du lien nécessaire entre les faits pertinents et les conclusions fondées sur ces faits. Par conséquent, je conclus que le paragraphe 41(4), tel qu'il a été rédigé et interprété, ne dénie pas l'application régulière de la loi.

Il est ressorti de la preuve que depuis la modification de 1969, pratiquement toutes les demandes n'ayant pas fait l'objet d'un retrait subséquent ont été accordées et que dans pratiquement tous les cas, la redevance a été fixée à 4%. Le fait que toutes les demandes aient été accordées n'est peut-être pas très étonnant dans la mesure où le paragraphe prévoit que lorsqu'une telle demande est présentée, le commissaire «doit accorder . . . une licence pour faire les choses spécifiées dans la demande à l'exception de celles, s'il en est, pour lesquelles il a de bonnes raisons de ne pas accorder une telle licence». La Cour suprême, relativement au langage semblable utilisé au paragraphe 41(3), a dit qu'une décision du commissaire sur les «bonnes raisons» était finale à moins qu'on puisse dire qu'elle était fondée sur un principe erroné: voir l'arrêt *Parke, Davis*, précité. Ce qui est plus surprenant c'est que la redevance ait toujours été de 4%. Il est difficile de croire que les circons-

licences which have been granted since 1969. I am precluded from addressing this question, however, in the context of compliance with the *Canadian Bill of Rights* because of the decision of Addy J. referred to above that the question of possible inconsistency with the *Canadian Bill of Rights* is a pure question of law to which the facts as to how the law is administered can have no relevance. That decision not having been appealed, I am bound by it in my determination as the whole process of discovery and trial has proceeded on this basis.

Canadian Bill of Rights, paragraph 1(b)—This paragraph recognizes and declares the following rights:

1. ...

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

With respect to the plaintiffs' contention that subsection 41(4) is inconsistent with the right of the individual to equality before the law as provided in paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, I do not think it necessary to deal with this proposition at length. The Supreme Court of Canada has held in a number of cases that legislation which creates distinctions between individuals does not offend paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* if it has been enacted for some "valid federal objective": see *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Prata v. Minister of Manpower & Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183; and *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370. This principle has recently been applied by the Federal Court of Appeal in *Brar v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 F.C. 914 (C.A.). In the *MacKay* case McIntyre J., writing for himself and Dickson J. [as he then was], elaborated at page 406 on this principle:

The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal

tances n'aient pas donné lieu à un taux quelque peu différent parmi plusieurs centaines de licences qui ont été accordées depuis 1969. Toutefois, il m'est interdit d'examiner cette question sous l'angle de la conformité avec la *Déclaration canadienne des droits* vu la décision du juge Addy, mentionnée plus haut, selon laquelle la question de l'incompatibilité possible avec la *Déclaration canadienne des droits* constitue une simple question de droit à l'égard de laquelle les faits relatifs à la manière dont la loi est appliquée ne peuvent être pertinents. Comme il n'a pas été interjeté appel de cette décision, je suis lié par celle-ci dans ma décision car tout le processus de communication de la preuve ainsi que l'instruction se sont déroulés à la lumière de cette décision.

Déclaration canadienne des droits, alinéa 1b)—Cet alinéa reconnaît et déclare les droits suivants:

1. ...

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

En ce qui a trait à l'argument des demandeurs selon lequel le paragraphe 41(4) est incompatible avec le droit de l'individu à l'égalité devant la loi prévu à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'en traiter en détail. La Cour suprême du Canada a jugé, dans un certain nombre d'arrêts, qu'une loi qui crée des distinctions entre les individus ne contrevient pas à l'alinéa b) de la *Déclaration canadienne des droits* si elle a été adoptée en cherchant l'accomplissement d'un «objectif fédéral régulier»: voir *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183; et *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370. Ce principe a récemment été appliqué par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Brar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 C.F. 914 (C.A.). Dans l'arrêt *MacKay*, le juge McIntyre, écrivant alors pour lui-même et pour le juge Dickson [tel était alors son titre], a examiné ce principe en détail à la page 406:

La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'applica-

application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

For the reasons discussed in connection with the distribution of powers issue I am satisfied that subsection 41(4) is related to a valid federal objective. Even though I am confined here to deriving that objective from the text of the legislation itself, and not from extrinsic evidence, it is apparent from the words of the subsection that the objective is to limit monopoly rights with respect to medicine in order to achieve lower prices through competition. It is a valid federal objective to create a monopoly through patent rights in order to restrict competition and thereby benefit patentees: it is an equally valid federal objective to limit in respect of a certain category of patentees the monopoly granted and thus reduce the negative impact on competition so as to benefit members of the public who must purchase medicine. Both kinds of legislation involve what is believed to be a furthering of the public interest though striking different balances between the rights of patentees and those of consumers. I am unable to say from the language of the statute that either in its substance or in its procedure it is not genuinely designed to that end. Again, in the absence of evidence there is no basis upon which I could conclude that Parliament's apparent belief that consumers needed special protection in the area of medicines was not a legitimate belief.

In any event, it appears to me that if the plaintiffs have any legal complaints based on discrimination these are better raised, as they have been, under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: the forms of equality guaranteed by that section are much broader than the mere "equality before the law" guaranteed by the *Canadian Bill of Rights*; and section 15 being a constitutional provision, extrinsic evidence as to the administration of the *Patent Act* will be relevant and admissible in its application. I will therefore return to this question in relation to section 15.

tion universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

Pour les motifs qui ont été examinés relativement à la question du partage des pouvoirs, je suis convaincu que le paragraphe 41(4) vise un objectif fédéral régulier. Même si, en l'espèce, je suis obligé de déduire cet objectif du texte de la mesure législative elle-même et non d'éléments de preuve extrinsèques, il ressort clairement des termes du paragraphe que l'objectif est de limiter les droits de monopole à l'égard des médicaments en vue d'assurer des prix plus bas au moyen de la concurrence. Le fait de créer un monopole grâce aux droits afférents à un brevet en vue de restreindre la concurrence pour ainsi avantager les brevetés constitue un objectif fédéral régulier: constitue également un objectif fédéral régulier le fait de limiter, à l'égard d'une certaine catégorie de titulaires de brevets, le monopole accordé et de réduire ainsi ses effets négatifs sur la concurrence de manière à avantager les membres du public qui doivent acheter des médicaments. Ces deux types de mesures législatives mettent en jeu ce qu'on estime être la recherche de l'intérêt public même si elles départagent différemment les droits des titulaires de brevet et ceux des consommateurs. D'après le texte de la loi, je ne suis pas en mesure de dire que, soit quant au fond soit quant à la procédure, elle n'est pas véritablement conçue à cette fin. Encore une fois, en l'absence de preuve à cet effet je ne vois rien qui me permette de conclure que la conviction apparente du Parlement que les consommateurs avaient besoin d'une protection spéciale dans le domaine des médicaments n'était pas une conviction légitime.

Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que si les demandeurs disposent de quelque recours légal à l'encontre d'actes discriminatoires, il est préférable de les fonder, comme en l'espèce, sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*: les formes d'égalité garanties par cet article sont plus étendues que la simple «égalité devant la loi» garantie par la *Déclaration canadienne des droits*; et, comme l'article 15 est une disposition constitutionnelle, des éléments de preuve extrinsèques sur l'administration de la *Loi sur les brevets* seront pertinents et admissibles dans l'application de cet article. Par conséquent, je reviendrai sur cette question en rapport avec l'article 15.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, section 7—This section provides as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The plaintiffs contend that subsection 41(4) deprives them of “liberty” or “security of the person” in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice.

I accept that both the corporate plaintiffs and the individual plaintiffs are potentially entitled to the protection of section 7 because it applies to “everyone”. It has been held in *Balderstone v. R.; Play-All Ltd. v. A.G. Man.*, [1983] 1 W.W.R. 72 (Man. Q.B., affirmed on other grounds by Man. C.A. [[1983] 6 W.W.R. 438]) that “everyone” in this section includes a corporation. I respectfully agree.

I do not accept, however, that subsection 41(4) of the *Patent Act* involves the “liberty” or “security of the person” of any or all of the plaintiffs here. In my view the concepts of “life, liberty and security of the person” take on a colouration by association with each other and have to do with the bodily well-being of a natural person. As such they are not apt to describe any rights of a corporation nor are they apt to describe purely economic interests of a natural person. I have not been referred to any authority which requires me to hold otherwise.

It is true that in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 205, Wilson J., Dickson C.J. and Lamer J. concurring, said that:

... the concepts of the right to life, the right to liberty, and the right to security of the person are capable of a broad range of meaning.

She then goes on to refer to the Fourteenth Amendment of the United States Constitution which provides that no state shall “deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. She cites a statement by Stewart J. in *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), at page 572 who was actually quoting the passage cited from a 1923 decision

Charte canadienne des droits et libertés, article 7—Voici ce que prévoit cet article:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

^a Les demandeurs soutiennent que le paragraphe 41(4) porte atteinte à leur «liberté» ou à «la sécurité de [leur] personne» d'une manière qui n'est pas conforme avec les principes de la justice fondamentale.

^b Je conviens que tant les personnes morales demanderesse que les particuliers demandeurs ont potentiellement droit à la protection de l'article 7 étant donné qu'il s'applique à «chacun». Il a été jugé, dans *Balderstone v. R.; Play-All Ltd. v. A.G. Man.*, [1983] 1 W.W.R. 72 (B.R. Man., confirmé pour d'autres motifs par la C.A. Man. [[1983] 6 W.W.R. 438]) que le mot «chacun» dans cet article comprend une société. Je souscris respectueusement à cette décision.

^c Toutefois, je ne conviens pas que le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* vise la «liberté» ou «la sécurité de [la] personne» de l'un ou de la totalité des demandeurs en l'espèce. À mon avis, le fait d'associer les concepts de «vie ... liberté et ... sécurité de sa personne» en colore le sens et ils se rapportent au bien-être physique d'une personne physique. Comme tels ils ne permettent pas de décrire les droits d'une société ni de décrire les intérêts purement économiques d'une personne physique. On ne m'a cité aucune décision ou ouvrage de doctrine qui m'obligerait à conclure autrement.

^d Il est vrai que dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 205, le juge Wilson, avec l'appui du juge en chef Dickson et du juge Lamer, a dit:

... les concepts du droit à la vie, du droit à la liberté et du droit à la sécurité de sa personne peuvent avoir plusieurs acceptions.

^e Elle mentionne ensuite le Quatorzième Amendement de la Constitution des États-Unis qui prévoit qu'aucun État ne doit [TRADUCTION] «porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la propriété d'une personne sans l'application régulière de la loi». Elle cite une déclaration du juge Stewart dans l'arrêt *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), à la page 572, qui, en fait, citait

the Supreme Court of the United States in *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923). In the 1923 case it was said [at page 399] that “liberty”

... denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children . . .

I do not understand this proposition now to have become part of the law of Canada. It appears to me that Wilson J., writing on behalf of herself and two other Judges, was only observing that such a term as “liberty” is capable of broad meaning. This is undoubtedly true. But she does not adopt as the considered view of three Judges of the Supreme Court of Canada that it has such a broad meaning within the context of section 7 of the Charter. Nor, of course, was it necessary for her to do so in the *Singh* case which potentially involved freedom from bodily detention and deportation. Reference to the jurisprudence of 1923 of the United States Supreme Court on the subject of “liberty” must also be viewed with caution. The concept of “liberty of contract”, originally founded on the Fourteenth Amendment, scarcely survived the Great Depression in the United States: see Tribe, *American Constitutional Law* (1978), at pages 427-455. Admittedly, economic liberty has more recently enjoyed a mild revival in Fourteenth Amendment cases. But it must be kept in mind that the historical background and social and economic context of the Fourteenth Amendment are distinctly American. Further it must be noted that in the Fourteenth Amendment “liberty” is combined with “property” which gives a different colouration to the former through the introduction of economic values as well as personal values. This is not the case in section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In so construing “liberty” and “security of the person” I adopt the view expressed by Pratte J. in *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745 (C.A.), at page 752 to the effect that these terms refer to freedom from arbitrary arrest or detention, which views I also similarly adopted in my decision in *Le groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing*

le passage tiré d'une décision datant de 1923, de la Cour suprême des États-Unis dans *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923). Dans cet arrêt de 1923, on a dit [à la page 399] que le terme

a «liberté»

[TRADUCTION] . . . s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants . . .

b

Je n'estime pas que cette proposition fait maintenant partie du droit canadien. Il m'apparaît que le juge Wilson, écrivant alors pour elle-même et pour deux autres juges, ne faisait que signaler qu'un mot comme «liberté» peut avoir un sens large. Cela ne fait aucun doute. Toutefois, elle n'en vient pas à la conclusion que, de l'opinion réfléchie de trois juges de la Cour suprême du Canada, ce mot a un tel sens large dans le contexte de l'article 7 de la Charte. Elle n'avait évidemment pas à le faire dans l'arrêt *Singh* qui mettait en jeu le droit à la liberté à l'encontre des détentions et des expulsions. Le renvoi à l'arrêt de 1923 de la Cour suprême des États-Unis sur la question de la «liberté» doit également être considéré avec prudence. Le concept de «liberté de contracter», fondé à l'origine sur le Quatorzième Amendement, a survécu avec peine à la grande dépression aux États-Unis: voir Tribe, *American Constitutional Law* (1978), aux pages 427 à 455. Il est vrai que la notion de liberté économique a plus récemment connu un léger gain de popularité dans les affaires portant sur le Quatorzième Amendement. Toutefois, il faut se rappeler que tant l'historique que le contexte socio-économique du Quatorzième Amendement sont typiquement américains. En outre, il convient de souligner que dans le Quatorzième Amendement le mot «liberté» est associé au mot «propriété» qui en colore le sens en introduisant des valeurs tant économiques que personnelles. Ce n'est pas le cas dans l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

c

d

e

f

g

h

i

j

En interprétant ainsi les termes «liberté» et «sécurité de sa personne», je fais mienne l'opinion exprimée par le juge Pratte dans *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745 (C.A.), à la page 752, selon laquelle ces termes visent le droit à la liberté à l'encontre des arrestations ou détentions arbitraires, opinion que j'ai également adoptée dans ma décision dans l'affaire *Le groupe des*

Agency, [1985] 1 F.C. 280; (1984), 14 D.L.R. (4th) 151 (T.D.), at page 323 F.C.; 181 D.L.R. See also, to the same effect, *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 562; 11 D.L.R. (4th) 337 (T.D.) (affirmed [1984] 2 F.C. 889; 11 D.L.R. (4th) 387 (C.A.), without reference to this point); *Re Becker and The Queen in right of Alberta* (1983), 148 D.L.R. (3d) 539 (Alta. C.A.), at pages 544-545.

With respect to the contention that property rights are implicitly protected by section 7, this possibility is equally precluded by my characterization of the words "life, liberty and security of the person". While there may be some situations in which section 7 would protect, incidentally, the property of an individual, I can see no way in which the patent rights of an inventor or multinational corporate patentee could be said to be incidentally involved in the protection of the bodily integrity of anyone. Further, it is well known that an amendment specifically to include "property" in the protection of section 7 was withdrawn during the consideration of the Charter by the Joint Parliamentary Committee on the Constitution. This indicates that at least in its origins section 7 was not understood to provide protection for property.

As I have concluded that no interest protected by section 7 is relevant to the claim of the plaintiffs here I need not consider whether there has been a denial of the principles of fundamental justice.

Subsection 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms—Subsection 15(1) provides as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

For the same reasons as noted above in connection with paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*, the corporate plaintiffs are not potentially

éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets, [1985] 1 C.F. 280; (1984), 14 D.L.R. (4th) 151 (1^{re} inst.), à la page 323 C.F.; 181 D.L.R. Voir également au même effet, l'affaire *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 562; 11 D.L.R. (4th) 337 (1^{re} inst.) (confirmée par [1984] 2 C.F. 889; 11 D.L.R. (4th) 387 (C.A.) sans mention de ce point); *Re Becker and The Queen in right of Alberta* (1983), 148 D.L.R. (3d) 539 (C.A. Alb.), aux pages 544 et 545.

En ce qui a trait à l'argument selon lequel les droits de propriété sont implicitement garantis par l'article 7, cette possibilité est également exclue étant donné la manière dont j'ai qualifié les termes «vie . . . liberté et . . . sécurité de sa personne». Bien qu'il puisse y avoir certaines situations dans lesquelles l'article 7 pourrait protéger de façon accessoire le droit de propriété d'un particulier, je ne vois pas de quelle manière on pourrait prétendre que les droits de brevet d'un inventeur ou d'une société multinationale titulaire de brevet pourraient entrer en jeu de façon accessoire dans la protection de l'intégrité physique d'une personne. En outre, il est notoire qu'une modification qui visait précisément à inclure le terme «propriété» dans les droits protégés par l'article 7 a été retirée au cours de l'examen de la Charte par le Comité mixte parlementaire sur la Constitution. Cela nous indique qu'à l'origine tout au moins l'article 7 n'était pas censé assurer la protection du droit de propriété.

Comme j'en suis venu à la conclusion qu'aucun intérêt protégé par l'article 7 n'est pertinent à la réclamation des demandeurs en l'espèce, il n'est pas nécessaire que j'examine s'il y a eu atteinte aux principes de la justice fondamentale.

Paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés—Le paragraphe 15(1) prévoit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Pour les mêmes motifs énoncés plus haut en rapport avec l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, les sociétés demandereses ne

within the protection of section 15 because it applies only to "every individual". For reasons also noted before, however, I believe that the individual plaintiffs, as inventors of Cimetidine, have a sufficient interest to invoke section 15 and to challenge subsection 41(4) of the *Patent Act* on the basis that, as applied to them now or in the future, and as applied to other inventors, it is in conflict with section 15 of the Charter. I do not accept the contention by the plaintiffs that by virtue of the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; 58 N.R. 81, at pages 313-314 S.C.R.; 95 N.R. the corporate plaintiffs have standing to raise the issue of section 15 in a declaratory action. The *Big M* decision is distinguishable because in that case the corporation was being prosecuted and there could be no question of its standing, as an accused, to raise any defence available to it including the invalidity of the *Lord's Day Act* [R.S.C. 1970, c. L-13] under which it was charged. This was so even if the basis for invalidity was unlawful interference with the freedom of conscience of individuals. In the present case the remedy being sought is a declaration and here the corporations which allege invalidity are plaintiffs which must establish their standing to seek the remedy in question. The judicial policy which militates against unlimited standing to raise constitutional issues is based in part on concerns as to potential burdens on the courts of officious litigation by persons having no real direct grievance, and in part on concerns about lack of a specific factual context where the would-be plaintiff is not actually in a position to complain of a specific denial of his rights. While the latter concern in a situation such as the present is not really relevant and might form the basis for the exercise of discretion by a court in favour of granting standing to the corporate plaintiffs where no other possibility existed for judicial review, in the present case the better view appears to me to be that the individual plaintiffs should be recognized as having standing because only they have rights that are potentially violated under section 15. As this provides a means for judicial review in the constitutional sense I need not consider whether I should exercise a discretion in favour of the

sont pas susceptibles d'être visées par la protection de l'article 15 puisque celle-ci ne s'applique qu'à «*every individual*». Pour d'autres motifs, également mentionnés plus haut, j'estime cependant que les particuliers demandeurs possèdent, à titre d'inventeurs du Cimetidine, un intérêt suffisant pour invoquer l'article 15 et contester le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* au motif que, de la façon dont il s'applique ou s'appliquera à leur égard, et de la façon dont il est appliqué à d'autres inventeurs, il est incompatible avec l'article 15 de la Charte. Je ne retiens pas l'argument des demandeurs selon lequel, en vertu de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; 58 N.R. 81, aux pages 313 et 314 R.C.S.; 95 N.R., les sociétés demanderesse ont qualité pour soulever la question de l'article 15 dans une action déclaratoire. Il est possible de distinguer l'arrêt *Big M*, car dans cette affaire, la société était poursuivie et il ne faisait pas de doute qu'elle avait qualité, en tant qu'accusée, pour soulever tout moyen de défense à sa disposition y compris l'invalidité de la *Loi sur le dimanche* [S.R.C. 1970, chap. L-13] en vertu de laquelle elle était accusée et ce, même si on en contestait la validité pour le motif qu'elle portait atteinte, de façon illicite, à la liberté de conscience des particuliers. En l'espèce, le redressement sollicité est un jugement déclaratoire et les sociétés qui plaident l'invalidité sont des demanderesse ayant l'obligation d'établir leur qualité pour solliciter le redressement en question. La politique des tribunaux de s'opposer à la reconnaissance d'une qualité d'agir illimitée pour soulever des questions constitutionnelles repose en partie sur la crainte de se voir inonder de litiges non pertinents par des personnes n'ayant aucun véritable grief direct à formuler et en partie, sur leurs préoccupations relativement à l'absence d'un contexte factuel précis, auquel cas le demandeur éventuel n'est pas réellement dans une position pour se plaindre d'une atteinte précise à ses droits. Même si cette dernière préoccupation n'est pas réellement pertinente dans une situation comme celle qui nous intéresse et qu'elle pourrait justifier un tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour reconnaître aux sociétés demanderesse la qualité d'agir lorsqu'il n'existe aucune autre possibilité de contrôle judiciaire, il m'apparaît en l'espèce que la meilleure attitude serait de reconnaître qualité pour agir aux particuliers demandeurs

corporate plaintiffs in order to insure judicial review, as was done in *Borowski supra*.

As I understand it, the plaintiffs complain essentially of the violation of their rights to equality before the law and the equal protection of the law on the basis that the inventors and patentees of medical patents are treated less favourably, by virtue of subsection 41(4), than other inventors and patentees.

This is, of course, an allegation of discrimination which is not predicated on any of the forms of discrimination specifically referred to in subsection 15(1) of the Charter. The defendant took no objection on this basis and I think none can be taken. It appears that the subsection is broad enough to cover all forms of discrimination, whether or not it is based on one of the grounds specifically mentioned in the subsection such as race, national or ethnic origin, colour, etc.

Nor was any objection raised by the defendant to the fact that section 15 of the Charter was not in effect when this action was commenced. I am satisfied that the plaintiffs' complaints against subsection 41(4) are of an ongoing nature because they relate to compulsory licences respecting Cimetidine which are of a continuing nature. Therefore there could be no objection to the application of section 15 of the Charter so as to affect any rights arising under compulsory licences subsequent to April 17, 1985, the date when section 15 came into effect.

A threshold problem in the application of subsection 15(1) is to ascertain its relationship to section 1 of the Charter. Section 1 reads as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

étant donné qu'ils sont les seuls dont des droits ont pu être violés au sens de l'article 15. Étant donné qu'il s'agit là d'un moyen de contrôle judiciaire au sens constitutionnel, point n'est besoin de me demander si je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire en faveur des sociétés demanderesse de manière à assurer le contrôle judiciaire, comme on l'a fait dans l'arrêt *Borowski*, précité.

Si j'ai bien compris, ce dont se plaignent essentiellement les demandeurs, c'est de la violation de leurs droits à l'égalité devant la loi et à la protection égale de la loi, au motif que les inventeurs de médicaments et les titulaires de brevets couvrant ces produits sont traités de façon moins favorable, en vertu du paragraphe 41(4), que les autres inventeurs et titulaires de brevets.

Il s'agit évidemment d'une allégation de discrimination qui ne repose sur aucune des formes de discrimination expressément mentionnées au paragraphe 15(1) de la Charte. Le défendeur n'a pas soulevé d'objection sur ce point et d'ailleurs je ne crois pas qu'il soit possible de le faire. Il semble que ce paragraphe a une portée suffisamment grande pour couvrir toutes les formes de discrimination, qu'elles soient ou non fondées sur l'un des motifs expressément mentionnés dans le paragraphe, comme la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, etc.

Le défendeur n'a pas non plus soulevé d'objection quant au fait que l'article 15 de la Charte n'était pas en vigueur au moment où cette action a été intentée. Je suis convaincu que les plaintes des demandeurs contre le paragraphe 41(4) sont de nature continue puisqu'elles se rapportent à des licences obligatoires concernant le Cimetidine qui sont de nature continue. Par conséquent, rien n'empêche d'appliquer l'article 15 de la Charte de manière à influencer sur quelque droit découlant des licences obligatoires délivrées après le 17 avril 1985, date de l'entrée en vigueur de l'article 15.

Un problème que pose, au départ, l'application du paragraphe 15(1) consiste à vérifier son rapport avec l'article 1 de la Charte. Voici le texte de l'article 1:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

If an impugned legislative provision is not found to contravene the requirements of subsection 15(1), then the question of the application of section 1 does not arise. If, on the other hand, a legislative provision is found *prima facie* to contravene subsection 15(1), then the government or any one else attempting to uphold the legislative provision, if it or he is to invoke section 1, has the onus of demonstrating that the restriction in question is reasonable, is clearly prescribed by law and is “justified in a free and democratic society”. Thus, it can be of critical importance to know whether the impugned legislation *prima facie* conflicts with subsection 15(1). If it does not, that is the end of the matter. But if it does, and if as in the present case the defendant seeking to uphold the legislation does not invoke section 1 by way of evidence or argument, then the legislative provision must be found invalid. This makes extremely important the breadth of section 15’s prohibitions against any legislation which draws distinctions among citizens.

It appears to me that by its express references to certain forms of discrimination, namely “race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”, subsection 15(1) is clearly intended to proscribe any distinctions based on those grounds. Any such distinctions, if they are to be defended, must be justified under section 1. It may be that distinctions based on certain grounds such as age may be more readily justified under section 1 but the onus must be on the defender of such a distinction even then.

With respect to other kinds of distinctions which may be made by legislation, it appears to me that no such presumption arises of discrimination and that it is necessary to analyze such distinctions more closely to determine whether they can be regarded as in conflict with subsection 15(1). I do not think it could have been the intention that every distinction drawn by legislation between citizens or classes of citizens should automatically be regarded as “discrimination” within subsection 15(1) and thus immediately cause a shift in onus

Si on juge qu’une disposition législative contestée ne contrevient pas aux exigences du paragraphe 15(1), alors la question de l’application de l’article 1 ne se pose pas. Par contre, si on conclut qu’une disposition législative contrevient, à première vue, au paragraphe 15(1), il incombe alors au gouvernement ou à quiconque tentant de préserver la disposition législative en invoquant l’article 1 de démontrer que la limite en question est raisonnable, qu’elle constitue clairement une règle de droit et qu’elle est une limite «dont la justification puisse démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». Il peut donc s’avérer très important de savoir si la disposition législative contestée est, à première vue, incompatible avec le paragraphe 15(1). S’il n’y a pas d’incompatibilité, l’affaire s’arrête là. Toutefois, s’il y a incompatibilité, et si, comme en l’espèce, le défendeur qui cherche à préserver la disposition législative n’invoque pas l’article 1 par voie de preuve ou dans son argumentation, la disposition législative doit alors être jugée invalide. Voilà ce qui rend très importante l’ampleur des interdictions prévues par l’article 15 à l’encontre de toute disposition législative créant des distinctions entre les citoyens.

Il me semble que, par ses renvois exprès à certaines formes de discrimination, c’est-à-dire «la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques», le paragraphe 15(1) est clairement conçu afin d’interdire toutes distinctions fondées sur ces motifs. Dans le cas où de telles distinctions doivent être défendues, elles doivent être justifiées en vertu de l’article 1. Il se peut que des distinctions fondées sur certains motifs, tel l’âge, soient plus faciles à justifier en vertu de l’article 1, mais même là, le fardeau de la preuve doit incomber à ceux qui préconisent une telle distinction.

En ce qui a trait aux autres types de distinctions qui peuvent être créées par la législation, il ne me semble pas qu’il existe une telle présomption de discrimination et qu’il soit nécessaire d’analyser ces distinctions de manière plus approfondie afin de déterminer si elles peuvent être considérées comme étant incompatibles avec le paragraphe 15(1). Je ne crois pas qu’on ait pu vouloir que toute distinction que crée une mesure législative entre des citoyens ou des catégories de citoyens doive automatiquement être considérée comme de

to a defender of the legislation to justify it under section 1. It is the business of legislatures to make distinctions for a myriad of reasons and it is inconceivable that every one of these should place on the government, or on any one else relying on such legislation, the onus of showing that it is "justified in a free and democratic society". This would shift to the courts a decisional right and burden which would be unacceptable both to them and the legislatures.

One must therefore seek criteria to aid in determining whether a legislative distinction creates an inequality which is discriminatory, taking "discrimination" to mean the kind of distinction prohibited by subsection 15(1). It would not, I think, be appropriate to rely solely on tests commonly used with respect to the interpretation of paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, having regard to the more narrow scope of that provision and the statutory nature of the instrument in which it was found. I would, however, with respect adopt the language of McIntyre J. with whom Dickson J. concurred in *MacKay v. The Queen supra*, at page 406 (also quoted *supra* [at pages 311-312]):

The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

I would respectfully observe that in my view there is no magic in the concept of a "class": it has no definition, provides no standard, but is merely a subjective concept. It can therefore not, by itself, be a basis for determining, when a "class" is somehow created or divided legislatively, that discrimination exists. It appears to me that this was not the sense in which McIntyre J. made reference to a "special class" and all I understand him to be saying is that if a certain number of people in society are treated differently there should be a

la «discrimination» au sens du paragraphe 15(1) et donc, qu'il y ait immédiatement renversement du fardeau de la preuve sur les épaules de celui qui préconise la mesure législative afin qu'il la justifie en vertu de l'article 1. C'est le rôle des assemblées législatives d'établir des distinctions et ce, pour quantité de raisons, et il est inconcevable que chacune d'entre elles puisse faire reporter sur le gouvernement ou sur quiconque s'appuyant sur une mesure législative de ce genre, le fardeau d'en démontrer «la justification . . . dans le cadre d'une société libre et démocratique». Cela aurait pour effet de confier aux tribunaux un pouvoir décisionnel ainsi qu'un fardeau qui seraient inacceptables tant pour eux que pour les assemblées législatives.

Il faut donc chercher des critères qui permettent de déterminer si une distinction d'origine législative crée une inégalité qui est discriminatoire, en considérant que le terme «discrimination» désigne le genre de distinction prohibée par le paragraphe 15(1). D'après moi, il ne serait pas approprié de se fonder uniquement sur les critères qui sont habituellement utilisés pour interpréter l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, compte tenu de la portée plus restreinte de cette disposition et de la nature législative du texte dans lequel il se trouvait. Toutefois, avec égards, je ferais miens les propos du juge McIntyre, auxquels a souscrit le juge Dickson dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, précité, à la page 406 (également précité [aux pages 311 et 312]):

La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

Je ferais respectueusement remarquer que, selon moi, le concept de «catégorie» n'a rien de magique: il n'est pas défini, il ne prévoit aucune norme et n'est qu'un simple concept subjectif. Par conséquent, il ne permet pas, par lui-même, de conclure, lorsqu'une «catégorie» est créée ou divisée de quelque manière que ce soit par une mesure législative, qu'il y a discrimination. Il m'apparaît que ce n'était pas dans ce sens que le juge McIntyre a fait mention d'une «catégorie particulière» et, selon moi, il ne fait que dire que si un certain nombre de

rational basis for distinguishing between them and the rest of society.

It will be seen that this test is twofold: the ends must be among those broadly legitimate for a government, and the means must be rationally related to the achievement of those ends. The proper test for legitimacy of ends may, in my view, be no higher than that the essential purpose of the legislation must not be to disadvantage any particular person or group of persons, even if it may have that consequence. In the present case there was really no dispute that the end sought to be achieved by the impugned legislation is the reduction in price of a number of medicines thought to be important to the well-being of the public. I have already held this to be within the powers of Parliament in terms of the distribution of powers, and I have no difficulty in finding that it is a legitimate governmental objective. The question then remains as to whether the means are rationally related to the achievement of that objective.

In deciding this issue it is necessary first to make two observations. Since section 1 of the Charter is not in issue here, the presumption of validity of the legislation still applies which means that the onus is on the plaintiffs to demonstrate that the means are not appropriate. Further, in judging that question it is not for the courts to weigh the evidence finely to ascertain if the means chosen are perfect or even the best available. The choice among various possible means is and should remain a political choice: all the Court should do is to see whether the means chosen are patently unsuited or inappropriate for the purpose, and if not then the choice of the legislature should be respected.

As I understand the plaintiffs' submissions, they contend that subsection 41(4) is not a rational mechanism for achieving the goal of price reduction for important medical substances because it is

personnes dans la société sont traitées différemment, il devrait y avoir un fondement rationnel pour établir une distinction entre ces personnes et le reste de la société.

^a On remarquera que ce critère comporte deux volets: d'une part, la fin recherchée doit faire partie de celles qu'il est, d'une façon générale, légitime pour un gouvernement de rechercher et, d'autre part, les moyens utilisés doivent se rapporter, d'une manière rationnelle, à la réalisation de cette fin. Il est possible, à mon avis, que le critère approprié pour décider du caractère légitime de la fin recherchée n'exige pas autre chose que la preuve que le but fondamental de la disposition législative n'est pas de désavantager une personne ou un groupe de personnes en particulier, même si elle peut avoir cette conséquence. En l'espèce, on n'a pas vraiment contesté que la fin recherchée au moyen de la disposition législative contestée est la réduction du prix d'un certain nombre de médicaments jugés importants pour le bien-être du public. J'ai déjà conclu que cela relevait de la compétence du Parlement sur le plan du partage des pouvoirs et je peux facilement conclure qu'il s'agit d'un objectif gouvernemental légitime. Il reste alors la question de savoir si les moyens se rapportent d'une manière rationnelle à la réalisation de cet objectif.

^f Avant de trancher cette question, deux observations s'imposent. Comme l'article 1 de la Charte n'est pas en litige dans le présent cas, la présomption de validité de la disposition législative continue de s'appliquer, ce qui signifie qu'il incombe aux demandeurs de démontrer que les moyens utilisés ne sont pas appropriés. En outre, pour trancher cette question, il n'appartient pas aux tribunaux de soupeser minutieusement la preuve afin de s'assurer si les moyens choisis sont parfaits ou même s'ils sont les meilleurs qui existent. Le choix parmi les divers moyens possibles est un choix politique et devrait le demeurer: tout ce que devrait faire le tribunal, c'est d'examiner si les moyens choisis sont manifestement inappropriés eu égard à la fin recherchée et, au cas contraire, le choix de la législature devrait être respecté.

^j Si j'ai bien compris les arguments des demandeurs, ceux-ci soutiennent que le paragraphe 41(4) ne constitue pas un mécanisme rationnel pour atteindre l'objectif de la réduction de prix de sub-

over-obtrusive in its effects on patentees, and it is under-inclusive by its limitation, in effect, to prescription drugs.

It is said that subsection 41(4) denies a fair profit to patentees who incur virtually all the costs of research and development, not only for successful drugs but also for unsuccessful drugs whose costs must also be borne from the profits of the successful drugs. It is said that the structure of the subsection itself, as interpreted, dictates such a result because it directs the Commissioner, in fixing the amount of royalty, to have regard only to "due reward for the research leading to the invention" which, even if effectively implemented, would ignore other costs such as that of unsuccessful research and of promotion. Unfortunately for the plaintiffs, they have been unable to provide clear evidence as to the impact on patentees of subsection 41(4). As I have noted earlier, they have demonstrated that research and development is expensive (at least in absolute terms); that for an average drug, viewing the international pharmaceutical industry as a whole, costs are probably (the evidence here being very hypothetical) not recouped until several years after the drug reaches the market; and that the existence of compulsory licensing in Canada reduces the net present value of a new drug to a Canadian patentee. But all this proves is that patentees would be better off without compulsory licensing. It does not prove that compulsory licensing is overwhelmingly oppressive and out of proportion to the public benefits. Those public benefits appear to be substantial. For example, as noted above, one study put in as evidence by the plaintiffs (Exhibit P-102, document 64) concluded that in 1975 the average prices of compulsory-licensed drugs were 28.6% below what they would have been without compulsory licensing. The Eastman Commission, reporting in 1985 concluded that in 1983 "the prices of generic drugs was 51 per cent of the prices of the patent-holding firms for substitutable brands", and that savings of some 211 million dollars in the price of compulsory-licensed drugs were achieved that year. So it is not possible to say that the section has been ineffective. Nor do I find any criteria for determining that it has been disproportionately oppressive on the patentees. It has not been demonstrated, for

stances médicamenteuses importantes parce qu'il a des effets trop marqués sur les titulaires de brevets et une portée trop restreinte dans la mesure où il ne vise, dans les faits, que les médicaments d'ordonnance.

On affirme que le paragraphe 41(4) n'accorde pas un bénéfice équitable aux brevetés qui supportent virtuellement tous les coûts afférents à la recherche et au développement, non seulement dans le cas des médicaments qui s'avèrent un succès mais également dans le cas des médicaments qui constituent des échecs et dont les coûts doivent également être payés au moyen des bénéfices tirés des médicaments fructueux. On dit que la structure du paragraphe lui-même, tel qu'il est interprété, dicte un tel résultat puisqu'il ordonne au commissaire qui fixe le montant de la redevance de ne tenir compte que d'une «juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention» qui, même appliquée de manière efficace, ne tiendrait pas compte des autres coûts comme ceux de la recherche infructueuse et de la publicité. Malheureusement pour les demandeurs, ils n'ont pas été en mesure de présenter des éléments de preuve clairs en ce qui a trait à l'effet du paragraphe 41(4) sur les titulaires de brevets. Comme je l'ai mentionné précédemment, ils ont démontré que la recherche et le développement sont des activités coûteuses (du moins en termes absolus); que dans le cas d'un médicament moyen, si on tient compte de l'industrie pharmaceutique internationale dans son ensemble, les coûts ne sont probablement (la preuve étant ici très hypothétique) récupérés que plusieurs années après la mise sur le marché du médicament; et que l'existence de licences obligatoires au Canada réduit la valeur nette actuelle d'un nouveau médicament pour un brevet canadien. Cependant, tout ce que cela prouve c'est que les titulaires de brevets se porteraient mieux s'il n'y avait pas de licences obligatoires. Cela ne démontre pas que l'octroi de licences obligatoires est par trop oppressive et démesurément à l'avantage du public. Les avantages dont jouit le public paraissent être importants. Par exemple, comme il a été mentionné plus haut, une étude présentée en preuve par les demandeurs (pièce P-102, document 64) a conclu qu'en 1975, les prix moyens des médicaments faisant l'objet d'une licence obligatoire étaient de 28,6 % inférieurs à ce qu'ils auraient été sans octroi de licence

example, what portion of the worldwide research and development costs ought to be borne by Canadian drug sales, although the evidence did show that Canadian sales amount to only about 2% of the international market relevant to the western world; nor was there any precise information to demonstrate that compulsory licensing was denying either the multi-national companies nor their Canadian subsidiaries a reasonable return on their investment. There was certainly evidence that sales had been lost and profits had been reduced. There was even evidence of operating losses in certain companies. Apart from the fact that I have no way of knowing whether this is typical, I would have to know a good deal more as to the cause of these operating losses than the plaintiffs have been willing or able to prove. For example, a financial statement of one Canadian company shows that it suffered a loss in a recent year although of course the statement does not demonstrate how that was related to compulsory licensing of its parent company's drug. At the same time, an analysis by an expert witness demonstrated that if this company in the immediately preceding years had been paying the international market price for supplies of this drug rather than a higher price to a related corporation, its operating profits then would have been almost three times as much. As there was no evidence to indicate that the company's source or cost of the drug was changed in the year of loss in question, one could readily speculate that the company would still have been in a profitable position had it decided not to purchase the more expensive drug from its sister subsidiary. While I am persuaded that patentees who make the major contribution in terms of research and development and the establishment of the drug in the market ought to have a reward sufficient to compensate them for their investment, I have no basis for judging that that reward, in respect of the Canadian industry, is grossly inadequate even if less than the industry might prefer. The evidence indicates that patentees do enjoy a substantial period of exclusivity (the best evidence, as noted above being an average of 6.8 years). How does one relate this to the estimates of Dr. Joglekar, the expert called by the plaintiffs, that on a worldwide basis the costs attributable to a new drug are not recovered by the average new product until ten years after marketing begins and that the investment involved does not pay a better return than would a bond until

obligatoire. La Commission Eastman, qui a déposé son rapport en 1985, a conclu qu'en 1983 «les prix des médicaments génériques étaient à 51 % des prix des marques de substitution des sociétés détentrices de brevets» et que cette année-là, des économies de 211 millions de dollars avaient été réalisées sur le prix des médicaments faisant l'objet d'une licence obligatoire. Il n'est donc pas possible de dire que l'article n'a pas été efficace. Je ne trouve pas non plus de critère me permettant de conclure qu'il a été démesurément oppressif à l'égard des brevetés. À titre d'exemple, on ne m'a pas démontré quel pourcentage des coûts de la recherche et du développement à l'échelle mondiale devrait être supporté par les ventes de médicaments au Canada, bien que la preuve ait laissé voir que les ventes au Canada ne représentaient qu'environ 2 % de la part de l'Occident sur le marché international; on n'a pas non plus fourni de données précises établissant que l'octroi de licences obligatoires empêchait les sociétés multinationales ou leurs filiales canadiennes de réaliser des bénéfices raisonnables sur leurs investissements. Certes, on a présenté des éléments de preuve montrant que des ventes avaient été perdues et que des bénéfices avaient été réduits. On a même soumis des éléments de preuve établissant que certaines sociétés avait subi des pertes d'exploitation. Outre le fait que je n'ai aucun moyen de savoir si cela est représentatif, il faudrait que j'en sache beaucoup plus sur les causes de ces pertes d'exploitation que ce que les demandeurs ont été disposés à démontrer ou en mesure de le faire. Par exemple, l'état financier d'une société canadienne indique qu'elle a subi une perte au cours d'un récent exercice bien que cet état ne démontre évidemment pas de quelle manière cette perte était liée à la licence obligatoire visant le médicament de sa société mère. Dans un même temps, l'analyse d'un témoin expert a établi que si cette compagnie avait payé, dans les années qui ont immédiatement précédé cet exercice, le prix du marché international pour les approvisionnements de ce médicament au lieu de verser un prix plus élevé à une société apparentée, ses bénéfices d'exploitation auraient alors été presque trois fois plus élevés. Étant donné l'absence d'élément de preuve indiquant que la source d'approvisionnement ou le coût du médicament pour la société avait changé dans l'année de la perte en question, on peut facilement imaginer que la société serait demeurée rentable si elle avait décidé

some fourteen years after marketing begins? Apart from the very hypothetical basis of Dr. Joglekar's estimates, what do they prove as to the period of exclusivity required in Canada where drug prices may be relatively higher? Presumably companies selling patented drugs in Canada, knowing that they are potentially subject to compulsory licensing, may take that fact into account in fixing the price of their products while they are in a monopoly position. A number of witnesses on behalf of the plaintiffs also emphasized the great advantages conferred on the generic companies by subsection 41(4) in comparison to the great harm done to the patentees. Again, no firm evidence was presented as to the nature of the benefits conferred on generics other than the fact that with respect to many licensed drugs the generics had succeeded in taking over a substantial part of the market. There was evidence, however, that where two or more generics hold licences with respect to the same drug, they tend to be very competitive. The evidence also indicated that generics do sell for substantially less than do patentees. While it is recognized that this is because they do not have the same initial costs of research and development and promotion as do the patentees, it also suggests that

de ne pas acheter le médicament plus coûteux de sa filiale sœur. Bien que je sois convaincu que les brevetés qui contribuent de façon importante à la recherche et au développement du médicament ainsi qu'à son implantation sur le marché devraient avoir une rémunération suffisante pour compenser leur investissement, je n'ai aucun motif pour conclure que cette rémunération est, dans le cas de l'industrie canadienne, excessivement inadéquate même si elle est inférieure à ce que pourrait préférer l'industrie. Il ressort de la preuve que les titulaires de brevets jouissent d'une période d'exclusivité importante (la preuve la plus favorable, comme il a été mentionné plus haut, faisant état d'une moyenne de 6,8 années). Comment peut-on relier ceci à l'évaluation du docteur Joglekar, le témoin expert cité par les demandeurs, selon laquelle, à l'échelle mondiale, les coûts imputables à un nouveau médicament ne sont récupérés par le nouveau produit moyen que dix ans après le début de la mise en marché et que l'investissement engagé ne commence à rapporter davantage qu'une obligation que quelque quatorze ans après le début de la mise en marché? Abstraction faite de son fondement très hypothétique, que prouve l'évaluation du docteur Joglekar en ce qui a trait à la période d'exclusivité exigée au Canada où les prix des médicaments sont peut-être relativement plus élevés? Il y a lieu de croire que les sociétés qui vendent des médicaments brevetés au Canada, sachant qu'elles peuvent être assujetties à l'octroi d'une licence obligatoire, tiennent peut-être compte de ce fait en fixant le prix de leurs produits lorsqu'elles se trouvent dans une situation de monopole. Un certain nombre de témoins des demandeurs ont également fait ressortir les avantages importants conférés aux sociétés de produits génériques par le paragraphe 41(4) par rapport au dommage considérable causé aux brevetés. Une fois encore, aucun élément de preuve solide n'a été présenté quant à la nature des avantages conférés aux sociétés de produits génériques outre le fait qu'à l'égard d'un grand nombre de médicaments brevetés les sociétés de produits génériques ont réussi à s'emparer d'une part importante du marché. Toutefois, on a soumis des éléments de preuve établissant que, lorsque deux sociétés de produits génériques ou plus détiennent des licences à l'égard du même médicament, elles ont tendance à être très concurrentielles. La preuve a également indiqué que les sociétés de produits génériques

they reflect this fact in lower prices rather than higher profits.

A particular aspect of the complaint of overobtrusiveness is that subsection 41(4), as interpreted by the courts, is not constructed in such a way as to produce results with even the degree of fairness intended by Parliament. This complaint has to do with the fact that although the Commissioner is, in fixing the royalty, to

... have regard to the desirability of making the medicine available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the patentee due reward for the research leading to the invention

the royalty fixed since 1969 has always been 4%. As noted above, while there is a right of appeal from such decisions the courts have generally upheld these awards and have in effect approved a "rule of thumb" of 4%. At first blush, the plaintiffs' arguments here appear to be compelling. It is hard to imagine that a rational consideration of the factors set out in subsection 41(4) would always lead to the conclusion that the royalty should be 4%. In reviewing a number of the appealed decisions, however, it appears that this Court and the Supreme Court of Canada have recognized the difficulty, if not the impossibility, of the Commissioner applying these criteria with any particularity. Among other things, it emerges that patentees do not normally provide, nor does the Commissioner otherwise have, any precise information as to the cost of the "research leading to the invention". Indeed it appears to be the firmly-held belief of the industry that such information cannot be provided. Further, though we have seen that according to judicial interpretation the royalty must be set lower than the market would dictate under a voluntary licence, there is normally no evidence as to what the market rate would be because there is no such market. What this suggests is that Parliament has assigned to the Commissioner a task which is almost impossible to perform literally, and he has been put in the position of an arbitrator who must bring his own experience and judgment to bear on fixing a royal-

vendent à des prix considérablement moins élevés que ceux des titulaires de brevets. Bien qu'on reconnaisse que cela découle du fait qu'elles n'ont pas les mêmes coûts initiaux de recherche, de développement et de promotion que les brevetés, cette situation laisse également supposer qu'elles traduisent cet état de fait par des prix plutôt plus bas que par des bénéfices plus élevés.

Un aspect particulier de la plainte d'effets trop marqués, c'est que le paragraphe 41(4), ainsi qu'il a été interprété par les tribunaux, n'a pas produit des résultats témoignant du degré d'équité envisagé par le législateur fédéral. Cette plainte porte sur le fait que même si le commissaire doit, en fixant la redevance,

... tenir compte de l'opportunité de rendre les médicaments accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention

la redevance a, depuis 1969, toujours été fixée à 4%. Comme il a été mentionné plus haut, bien qu'il existe un droit d'appel à l'encontre de ces décisions, les tribunaux ont généralement confirmé ces rémunérations et ont, en fait, approuvé une redevance empirique de 4%. De prime abord, les arguments des demandeurs sur ce point paraissent concluants. Il est difficile d'imaginer qu'un examen rationnel des facteurs énoncés au paragraphe 41(4) amènerait toujours à conclure que la redevance devrait être de 4%. Toutefois, si l'on examine un certain nombre des décisions dont appel a été interjeté, il en ressort que cette Cour et la Cour suprême du Canada ont reconnu la difficulté, voire l'impossibilité pour le commissaire d'appliquer ces critères avec quelque degré de particularisation. Il ressort notamment que les brevetés ne fournissent habituellement pas et que le commissaire ne dispose par ailleurs pas de données précises sur le coût des «recherches qui ont conduit à l'invention». En effet, il apparaît que l'industrie croit fermement que ces renseignements ne peuvent être fournis. De plus, bien que nous ayons constaté que la redevance doit, suivant l'interprétation judiciaire, être établie à un taux inférieur à celui que commanderait le marché dans le cadre d'une licence volontaire, il n'y a normalement aucun élément de preuve sur ce que serait le taux du marché puisqu'un tel marché n'existe pas. Cela laisse à penser que le Parlement a chargé le commissaire d'une tâche qui est presque impossible à

ty. He has never fettered his discretion to fix, in a proper case, a royalty at a different rate and it is always open to this Court on appeal to decide that he has applied the wrong principle. Having regard to all these factors, it would be inappropriate for me in a declaratory action to declare all these decisions invalid simply because they have all come to the same conclusion. The amount of the royalty remains subject to challenge with respect to each case as it arises. In particular, the plaintiffs have not demonstrated with respect to the very licences granted for Cimetidine which are the subject of this action that, in these particular circumstances, the 4% royalty was incorrect, irrational, oppressive, or otherwise did not demonstrate a rational means to achieving a legitimate governmental end.

I therefore conclude that the plaintiffs have not discharged the onus placed on them of establishing that this law is so oppressive on them and those similarly placed that it cannot be seen as a means proportional to a legitimate governmental end.

The plaintiffs have also contended that subsection 41(4) is under-inclusive, in the sense that, according to them, it only regulates prescription drugs. In the first place it must be noted that the subsection is cast broadly enough to cover any patent for "medicine". If it has only been used to obtain compulsory licences for prescription drugs, that is not the intention of the subsection as framed. Apart from this, however, the plaintiffs point out that if the purpose of subsection 41(4) was to make medically-essential or medically-important materials available to the public at a lower cost, then the subsection is irrationally limited to medicines. It does not cover devices such as pacemakers, diagnostic materials, etc. It appears to me that the definition of its target which Parliament has selected is well within its range of choice. It is apparent from the material before the Harley Committee in 1967 and before Parliament in 1969

accomplir à la lettre et qu'il l'a placé dans la position d'un arbitre qui doit faire valoir sa propre expérience et son propre jugement pour fixer une redevance. Le commissaire n'a jamais limité son pouvoir discrétionnaire de fixer, dans un cas approprié, une redevance à un taux différent et il est toujours loisible à cette Cour de décider, en appel, qu'il a appliqué le mauvais principe. Compte tenu de tous ces facteurs, il ne serait pas opportun pour moi, dans une action déclaratoire, de déclarer que toutes ces décisions ne sont pas valides du seul fait qu'elles sont toutes arrivées à la même conclusion. Le montant de la redevance demeure sujet à contestation chaque fois qu'un cas se présente. Dans le présent cas, les demandeurs n'ont pas démontré à l'égard des licences accordées pour le Cimetidine qui font l'objet de la présente action, que la redevance de 4 % était, dans ces circonstances particulières, inappropriée, irrationnelle, oppressive ou qu'elle ne témoignait pas, par ailleurs, d'un moyen rationnel pour atteindre un objectif gouvernemental légitime.

Par conséquent, je conclus que les demandeurs ne se sont pas déchargés du fardeau qui leur incombait d'établir que cette loi est tellement oppressive à leur égard et à l'égard de ceux qui sont placés dans une situation semblable qu'elle ne peut être considérée comme un moyen présentant une commune mesure avec un objectif gouvernemental légitime.

Les demandeurs ont également fait valoir que le paragraphe 41(4) a une portée trop restreinte, en ce sens que, selon eux, il ne réglemente que les médicaments d'ordonnance. Tout d'abord, il convient de souligner que le paragraphe est rédigé en des termes suffisamment généraux pour couvrir tout brevet relatif à des «médicaments». S'il a été utilisé uniquement pour obtenir des licences obligatoires pour des médicaments d'ordonnance, ce n'est pas l'intention visée dans ce paragraphe d'après son libellé. Cela mis à part toutefois, les demandeurs soulignent que si le but du paragraphe 41(4) était de rendre les produits médicalement essentiels ou médicalement importants accessibles au public au plus bas prix, alors il est irrationnel de restreindre le paragraphe aux médicaments. Il ne vise pas des dispositifs comme les stimulateurs cardiaques, l'équipement diagnostique, etc. Il m'apparaît que l'objectif que le législateur a choisi

that the problem which was perceived was that of high drug prices. One of the principal causes for high drug prices was found, on the evidence available at that time, to be patent protection for such drugs. I do not think that the selection of the broad category of "medicine" as covered in subsection 41(4) can be seen as capricious. A legislature surely does not have to solve all problems at the same time and if it sees one subject-matter as the source of the most serious problem, it may direct its legislation to that subject. I would also note that, in a federal state, in considering whether there were better options which the legislature might have adopted, it is necessary to keep in mind the constitutional limitations on that legislature prescribed by the distribution of powers. It may also be noted that certain other steps were taken by the Government of Canada at the same time to reduce drug prices, such as the reduction of sales taxes and tariffs on drugs.

I therefore have concluded that there is no basis upon which I can make the declarations requested. In so concluding, I must observe that this case provides a salient example of necessary limitations on the judicial role in assessing the reasonability, both as to ends and as to means, of legislation impugned under section 15 of the Charter. Any legislation sufficiently important to become the subject of such litigation is almost certain to have positive effects for some sectors of society and negative effects for other sectors. If the imbalance is so great that the legislation is patently not a rational device for achieving a legitimate end then a court may properly intercede. But where competing interests are much closer to being balanced a court must be cautious indeed in striking down the choices made by the legislature. In the present case, the 1969 amendment was preceded by recommendations in support of some such provision from two Royal Commissions, the Restrictive Trade Practices Commission, and the unanimous report of a Parliamentary Committee. Each of these bodies had far more opportunity to assess the

est bien compris dans son éventail de choix. Il ressort clairement des documents présentés devant le comité Harley en 1967 et devant le Parlement en 1969 que ce qui a été perçu comme le problème était le prix élevé des médicaments. On a conclu, d'après la preuve disponible à ce moment-là, que l'une des principales causes du prix élevé des médicaments était la protection dont jouissaient ceux-ci en vertu des brevets. Je ne crois pas que le choix de la large catégorie «médicaments» visée au paragraphe 41(4) puisse être considéré arbitraire. Une assemblée législative n'a certes pas à régler tous les problèmes en même temps et si elle considère qu'un sujet constitue la source du problème le plus grave, elle peut faire porter ses mesures législatives sur ce sujet. Je ferais également remarquer que dans un État fédéral, lorsqu'on se demande si l'assemblée législative aurait pu adopter de meilleures solutions, il est nécessaire de se rappeler que cette assemblée législative est assujettie à des limites constitutionnelles imposées par la répartition des pouvoirs. Il convient également de souligner que le gouvernement du Canada a, au même moment, pris certaines autres mesures pour réduire le prix des médicaments comme la diminution des taxes de vente et du tarif sur les médicaments.

Par conséquent, j'en suis venu à la conclusion que rien ne me permet de rendre les jugements déclaratoires demandés. En concluant ainsi, je dois faire remarquer que l'espèce constitue un exemple frappant des limites nécessaires qui s'imposent aux tribunaux dans l'évaluation du caractère raisonnable des fins et des moyens d'une mesure législative contestée en vertu de l'article 15 de la Charte. Il est quasi certain que toute mesure législative suffisamment importante pour faire l'objet d'un tel litige a des effets positifs sur certains secteurs de la société et des effets négatifs pour d'autres secteurs. Un tribunal peut à juste titre intervenir si le déséquilibre qui en résulte est tellement prononcé que la mesure législative ne constitue manifestement pas un mécanisme rationnel pour atteindre une fin légitime. Toutefois, lorsqu'on est plus près de trouver un équilibre entre les intérêts concurrents, un tribunal doit se montrer prudent avant d'annuler les choix faits par l'assemblée législative. En l'espèce, la modification de 1969 a été précédée par des recommandations de deux commissions royales soutenant l'adoption d'une telle disposition,

social and economic implications than have I, given the exigencies of the law of evidence and the rules of court. Since the legislation was adopted, its effects have been reviewed as recently as in the report of the Eastman Commission submitted in February of this year. That Commission also found compulsory licensing to be socially and economically justified, although recommending some important changes of detail. While no such body can, of course, determine whether such legislation is constitutionally permissible, I have been unable to find any constitutional imperative which in this case would require or permit me to overrule the judgment of Parliament.

The action is therefore dismissed. The defendant will be entitled to his costs.

la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et le rapport unanime d'un comité du Parlement. Chacun de ces organismes ont eu une bien meilleure occasion que moi d'évaluer les conséquences sociales et économiques de cette disposition compte tenu des exigences du droit de la preuve et des règles de la Cour. Depuis que la mesure législative a été adoptée, ses effets ont été examinés tout récemment dans le rapport de la Commission Eastman qui a été présenté en février de cette année. Cette commission a également conclu que la délivrance d'une licence obligatoire est socialement et économiquement justifiée, bien qu'elle ait recommandé certaines modifications importantes sur des détails. Évidemment, bien qu'aucun organisme de ce genre ne puisse déterminer si une telle mesure législative est acceptable en vertu de la Constitution, je n'ai pas été en mesure de trouver d'exigence constitutionnelle qui, en l'es-
pèce, me contraindrait ou me permettrait d'annuler la décision du Parlement de légiférer.

Par conséquent, l'action est rejetée. Le défendeur aura droit à ses dépens.