

2010 FCA 207  
A-314-092010 CAF 207  
A-314-09**Charles Rivett** (*Appellant*)**Charles Rivett** (*appelant*)

v.

c.

**Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company**  
(*Respondents*)**Monsanto Canada Inc. et Monsanto Company**  
(*intimées*)

A-315-09

A-315-09

**Lawrence Janssens, Ronald Janssens and Alan Kerkhof**  
(*Appellants*)**Lawrence Janssens, Ronald Janssens et Alan Kerkhof**  
(*appelants*)

v.

c.

**Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company**  
(*Respondents*)**Monsanto Canada Inc. et Monsanto Company**  
(*intimées*)**INDEXED AS: MONSANTO CANADA INC. v. RIVETT****RÉPERTORIÉ : MONSANTO CANADA INC. c. RIVETT**Federal Court of Appeal, Sharlow, Dawson and Trudel  
J.J.A.—Ottawa, June 16 and August 6, 2010.Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Dawson et Trudel,  
J.C.A.—Ottawa, 16 juin et 6 août 2010.

*Patents — Infringement — Appeals, cross-appeals from Federal Court decision addressing remedy of accounting of profits for patent infringement, setting total amount of profits to be disgorged — Respondents licensee, owner of Canadian Patent No. 1313830 ('830 patent) relating to invention entitled "Glyphosate-Resistant Plants" — Seeds, plants protected under '830 patent sold under trade-mark ROUNDUP READY — Federal Court not erring when choosing, applying differential profit approach to cases herein — Exercising discretion, devising best monetary remedy to address present infringement cases — Federal Court's determination in both appeals that profit differential 31 percent rather than 18 percent too high — Portion of appellants' profits to be disgorged should follow respondents' own evidence, equate 18 percent — Federal Court also erring in Rivett appeal (A-314-09) when disallowing deductions of expenses relating to equipment repairs, general maintenance since deciding to spread fuel costs equally among various crops; therefore only logical to allocate expenses of items burning fuel — Appeals allowed in part; cross-appeals dismissed.*

*Brevets — Contrefaçon — Appels et appels incidents de décisions où la Cour fédérale s'est penchée sur la restitution des bénéfices dans le cadre d'une contrefaçon de brevet et a établi le montant des profits que les appelants devaient restituer aux intimées — Les intimées sont titulaire de licence et propriétaire du brevet canadien n° 1313830 (le brevet '830) qui porte sur une invention intitulée « Plantes résistant au glyphosate » — Les semences et les plantes protégées par le brevet '830 sont vendues sous la marque de commerce ROUNDUP READY — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en choisissant et en appliquant la méthode du profit différentiel en l'espèce — Elle a exercé son pouvoir discrétionnaire et a établi la répartition pécuniaire la plus appropriée pour les affaires de contrefaçon en l'espèce — La Cour fédérale a établi dans les deux appels que le différentiel de profit de 31 p. 100 au lieu de 18 p. 100 était trop élevé — La partie des profits des appelants que ceux-ci doivent restituer devrait suivre la preuve que les intimées ont elles-mêmes présentée, soit 18 p. 100 — La Cour fédérale a aussi commis une erreur dans l'appel de Rivett (A-314-09) en ne permettant pas des déductions de dépenses ayant trait aux réparations du matériel et à l'entretien général car elle avait décidé de répartir les coûts de carburant également sur les diverses récoltes; il semblait donc tout à fait logique de permettre la répartition des coûts de la machinerie dans*

These were two appeals and cross-appeals from a Federal Court decision, which addressed the remedy of accounting of profits for patent infringement and set the total amount of profits to be disgorged by the appellants in favour of the respondents. The respondents are the licensee and owner of Canadian Patent No. 1313830 ('830 patent) relating to an invention entitled "Glyphosate-Resistant Plants". The patent does not claim the whole plant but rather the engineered genes that give the plant its herbicide-resistant qualities and the plant cells containing those genes. In Canada, glyphosate-resistant seeds and plants protected under the '830 patent are sold under the trade-mark ROUNDUP READY (RR). The appellants admitted infringement of the '830 patent by growing, harvesting and selling crops of soybeans that they knew contained genes and cells as claimed in that patent. The respondents elected an accounting of profits as the remedy for the appellants' breach. To that effect, the Federal Court applied the differential profit approach in this case. While the appellants agreed with the differential profit approach, they alleged that the Federal Court erred in various respects in its calculations and when deducting expenses from gross profits. Furthermore, they claimed that the differential it determined between the gross profits of infringement and the profit the appellants would have made had they used the next best non-infringing alternative was too high.

On cross-appeal, the main issue was whether the Federal Court erred in applying the differential profit approach to the accounting of profits in this case. On appeal, the main issues were whether the Federal Court erred in determining that the profit differential expected of RR soybeans when compared to conventional soybeans was 31 percent instead of 18 percent, and, in the Rivett appeal (A-314-09), in disallowing deductions of other expenses relating to costs for general maintenance and equipment repairs.

*Held*, the appeals should be allowed in part and the cross-appeals dismissed.

The Federal Court did not err when it chose and applied the differential profit approach to the cases at bar. It exercised its discretion and devised the best monetary remedy to address the infringement cases herein. Therefore, it committed no reviewable error in respect of this issue.

*laquelle le carburant est consommé — Appels accueillis en partie; appels incidents rejetés.*

Il s'agissait de deux appels et appels incidents à l'encontre de décisions où la Cour fédérale s'est penchée sur la restitution des bénéfices dans le cadre d'une contrefaçon de brevet et a établi le montant des profits que les appellants devaient restituer aux intimées. Les intimées sont titulaire de licence et propriétaire du brevet canadien n° 1313830 (le brevet '830) qui porte sur une invention intitulée « Plantes résistant au glyphosate ». Le brevet ne revendique pas la plante entière, mais plutôt les gènes modifiés, qui donnent à la plante ses propriétés de résistance aux herbicides, ainsi que les cellules de la plante qui contiennent ces gènes. Au Canada, les semences et les plantes résistantes au glyphosate protégées par le brevet '830 sont vendues sous la marque de commerce ROUNDUP READY (RR). Les appelants ont admis avoir contrefait le brevet '830 et avoir récolté et vendu des fèves de soja en sachant qu'elles contenaient des gènes et des cellules revendiquées dans ce brevet. Les intimées ont choisi la restitution des bénéfices comme réparation pour la contrefaçon du brevet par les appelants. À cet égard, la Cour fédérale a recouru à la méthode du profit différentiel en l'espèce. Bien que les appelants aient été d'accord avec la méthode du profit différentiel, ils affirmaient que la Cour fédérale s'était trompée à plusieurs égards dans ses calculs et en défalquant les dépenses des profits bruts. En outre, ils soutenaient que l'écart établi par la Cour fédérale entre les profits bruts de la contrefaçon et les profits que les appellants auraient réalisés s'ils avaient recouru à la meilleure solution de substitution non contrefaisante était exagéré.

Dans le cadre de l'appel incident, la principale question à trancher était celle de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en recourant à la méthode du profit différentiel pour le calcul des bénéfices devant être restitués en l'espèce. Dans le cadre de l'appel, les principaux points litigieux étaient ceux de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant que le différentiel de profit escompté des fèves de soja RR comparativement aux fèves conventionnelles était de 31 p. 100 au lieu de 18 p. 100, et, dans l'appel de Rivett (A-314-09), en ne permettant pas des déductions d'autres dépenses ayant trait à l'entretien général et aux réparations du matériel.

*Arrêt* : les appels doivent être accueillis en partie et les appels incidents doivent être rejetés.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en choisissant et en appliquant la méthode du profit différentiel en l'espèce. Elle a exercé son pouvoir discrétionnaire et a établi la répartition pécuniaire la plus appropriée pour les affaires de contrefaçon en l'espèce. Elle n'a donc pas commis d'erreur susceptible de révision relativement à cette question.

The profit differential determined by the Federal Court in both appeals was too high. It found the differential to be 31 percent based on a chart prepared by the respondents, which advertised a profit differential of 18 percent. The Federal Court should have recognized that the chart did not purport to state the appellants' actual farming costs or anyone's actual farming costs. The chart indicated that the advantage to a hypothetical farmer using the patented invention was 18 percent. The portion of the appellants' profits to be disgorged to the respondents should follow the respondent's own and unchallenged evidence and be equal to 18 percent.

In the Rivett appeal, the Federal Court erred when it disallowed deductions of other expenses relating to equipment repairs and general maintenance, which should have led to a further deduction from gross profits. Once the Federal Court had decided to spread the fuel costs equally among the various crops, it seemed only logical to allocate as well, and on the same basis, the costs of maintaining and repairing the machinery that burned the fuel. Based on the evidence, these costs were incurred in part to grow the infringing crop.

Le profit différentiel appliqué par la Cour fédérale dans les deux appels était trop élevé. La Cour fédérale a conclu que le différentiel était de 31 p. 100 en se fondant sur un tableau élaboré par les intimés, qui font état dans leur publicité d'un profit différentiel de 18 p. 100. La Cour fédérale aurait dû reconnaître que le tableau ne visait pas à établir les coûts réels de l'agriculture des appelants, pas plus que les coûts réels de l'agriculture de qui que ce soit. Selon le tableau, le bénéfice que peut tirer un agriculteur hypothétique de l'utilisation de l'invention brevetée était de 18 p. 100. La partie des profits des appelants que ceux-ci doivent restituer aux intimés devrait suivre la preuve que les intimés ont elles-mêmes présentée et que personne ne conteste, soit 18 p. 100.

Dans l'appel de Rivett, la Cour fédérale a commis une erreur en ne permettant pas des déductions d'autres dépenses ayant trait aux réparations du matériel et à l'entretien général, qui auraient dû donner lieu à une déduction supplémentaire des profits bruts. Une fois que la Cour fédérale a décidé de répartir les coûts de carburant également sur les diverses récoltes, il semblait tout à fait logique, sur la même base, de permettre également les coûts de l'entretien et des réparations de la machinerie dans laquelle le carburant est consommé. À la lumière de la preuve, ces coûts ont été engagés en partie pour la culture des récoltes contrefaisantes.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 36(1) (as am. *idem*, s. 36), 37(1) (as am. *idem*, s. 37).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 369.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, 239 D.L.R. (4th) 271, 31 C.P.R. (4th) 161, revg in part 2002 FCA 309, [2003] 2 F.C. 165, 218 D.L.R. (4th) 31, 21 C.P.R. (4th) 1, revg in part 2001 FCT 256, 12 C.P.R. (4th) 204, 202 F.T.R. 78; *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.).

##### DISTINGUISHED:

*Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483, (1994), 58 C.P.R. (3d) 359, 175 N.R. 225 (C.A.).

#### LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 36(1) (mod., *idem*, art. 36), 37(1) (mod., *idem*, art. 37).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 369.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, infirmant en partie 2002 CAF 309, [2003] 2 C.F. 165, infirmant en partie 2001 CFPI 256; *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.).

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.*, [2001] 2 F.C. 618, (2001) 11 C.P.R. (4th) 218 (C.A.); *Alliedsignal Inc. v. du Pont Canada Inc.*, 1998 CanLII 7464, 78 C.P.R. (3d) 129, 142 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3, (1996), 71 C.P.R. (3d) 26, 206 N.R. 136 (C.A.); *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.); *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 SCC 58, [2001] 2 S.C.R. 943, 204 D.L.R. (4th) 513, 17 B.L.R. (3d) 161; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, (1989), 45 M.P.L.R. 1, 94 N.R. 1; *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430, (1980), 114 D.L.R. (3d) 395, [1981] 1 W.W.R. 289; *Industrial Teletype Electronics Corp. et al. v. City of Montreal*, [1977] 1 S.C.R. 629, (1975), 10 N.R. 517; *Proctor v. Dyck*, [1953] 1 S.C.R. 244, [1953] 2 D.L.R. 257; *Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority*, [1995] 2 F.C. 132, (1995), 179 N.R. 17 (C.A.); *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129, (1985), 20 D.L.R. (4th) 347, [1985] 5 W.W.R. 481 (C.A.); *Moskaleva v. Laurie*, 2009 BCCA 260, [2009] 8 W.W.R. 205, 94 B.C.L.R. (4th) 58; *Abbott v. Sharpe*, 2007 NSCA 6, 250 N.S.R. (2d) 228, 276 D.L.R. (4th) 80; *Litwinenko v. Beaver Lumber Co.* (2008), 237 O.A.C. 237 (Ont. Div. Ct.); *Teledyne Industries Inc. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1979), 45 C.P.R. (2d) 18 (F.C.T.D.); *Colburn v. Simms* (1843), 12 L.J. Ch. 388; *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2002), 16 C.P.R. (4th) 417, 155 O.A.C. 117 (Ont. C.A.).

## AUTHORS CITED

Dimock, Ronald E., ed., *Intellectual Property Disputes: Resolutions & Remedies*, Vol. 2, loose-leaf, Toronto: Carswell, 2004.

Morrow, David A. and Colin B. Ingram. "Of Transgenic Mice and Roundup Ready Canola: The Decisions of the Supreme Court of Canada in *Harvard College v. Canada and Monsanto v. Schmeiser*" (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 189.

Siebrasse, Norman. "A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms" (2004), 20 *C.I.P.R.* 79.

APPEALS and CROSS-APPEALS from two Federal Court decisions (2009 FC 317, [2010] 2 F.C.R. 93, 343 F.T.R. 203; 2009 FC 318, 343 F.T.R. 234) addressing the

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [2001] 2 C.F. 618 (C.A.); *Alliedsignal Inc. c. du Pont Canada Inc.*, 1998 CanLII 7464 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.); *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.); *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 CSC 58, [2001] 2 R.C.S. 943; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430; *Industrial Teletype Electronics Corp. et al. c. Ville de Montréal*, [1977] 1 R.C.S. 629; *Proctor v. Dyck*, [1953] 1 R.C.S. 244; *Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique*, [1995] 2 C.F. 132 (C.A.); *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129 (C.A.); *Moskaleva v. Laurie*, 2009 BCCA 260, [2009] 8 W.W.R. 205, 94 B.C.L.R. (4th) 58; *Abbott v. Sharpe*, 2007 NSCA 6, 250 N.S.R. (2d) 228, 276 D.L.R. (4th) 80; *Litwinenko v. Beaver Lumber Co.* (2008), 237 O.A.C. 237 (C. div. Ont.); *Teledyne Industries Inc. c. Lido Industrial Products Ltd.*, [1979] A.C.F. n° 1010 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Colburn v. Simms* (1843), 12 L.J. Ch. 388; *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2002), 16 C.P.R. (4th) 417, 155 O.A.C. 117 (C.A. Ont.).

## DOCTRINE CITÉE

Dimock, Ronald E., éd., *Intellectual Property Disputes: Resolutions & Remedies*, vol. 2, feuilles mobiles, Toronto : Carswell, 2004.

Morrow, David A. et Colin B. Ingram. « Of Transgenic Mice and Roundup Ready Canola: The Decisions of the Supreme Court of Canada in *Harvard College v. Canada and Monsanto v. Schmeiser* » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 189.

Siebrasse, Norman. « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 *C.I.P.R.* 79.

APPELS et APPELS INCIDENTS à l'encontre de deux décisions (2009 CF 317, [2010] 2 R.C.F. 93; 2009 CF 318) où la Cour fédérale s'est penchée sur la restitu-

remedy of accounting of profits for patent infringement and setting the total amount of profits to be disgorged by the appellants in favour of the respondents. Appeals allowed in part; cross-appeals dismissed.

#### APPEARANCES

*Donald R. Good* and *Kurtis R. Andrews* for appellants in A-314-09 and A-315-09.

*Arthur B. Renaud* and *L. E. Trent Horne* for respondents in A-314-09 and A-315-09.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Donald R. Good & Associates*, Ottawa, for appellants in A-314-09 and A-315-09.

*Bennett Jones LLP*, Toronto, for respondents in A-314-09 and A-315-09.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

TRUDEL J.A.:

#### Introduction

[1] Once infringement is established, the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, provides for two alternative types of monetary remedy: damages and an accounting of profits.

[2] Our Court is seized with two appeals and cross-appeals arising from judgments by Zinn J. (the Judge) of the Federal Court whereby he addressed the latter remedy and set the total amount of profits to be disgorged by the appellants (Mr. Rivett (Rivett) and Messrs. Lawrence Janssens, Ronald Janssens and Alan Kerkhof (together Janssens) (all together the appellants)) in favour of the respondents Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company. The reasons for judgment (*Rivett's* reasons or *Janssens'* amended reasons) are reported as *Monsanto Canada Inc. v. Rivett*, 2009 FC 317, [2010] 2 F.C.R. 93 (judgment issued on 26 March 2009, T-1515-05) and *Monsanto Canada Inc. v. Janssens*, 2009 FC 318, 343 F.T.R. 234 (judgment issued on 10 July 2009, T-1545-05).

tion des bénéfices dans le cadre d'une contrefaçon de brevet et a établi le montant des profits que les appelants devaient restituer aux intimées. Appels accueillis en partie; appels incidents rejetés.

#### ONT COMPARU

*Donald R. Good* et *Kurtis R. Andrews* pour les appelants dans les affaires A-314-09 et A-315-09.

*Arthur B. Renaud* et *L. E. Trent Horne* pour les intimées dans les affaires A-314-09 et A-315-09.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Donald R. Good & Associates*, Ottawa, pour les appelants dans les affaires A-314-09 et A-315-09.

*Bennett Jones LLP*, Toronto, pour les intimées dans les affaires A-314-09 et A-315-09.

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

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. :

#### Introduction

[1] Lorsqu'une contrefaçon de brevet est démontrée, la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, prévoit deux types de réparation pécuniaire possibles : les dommages-intérêts et la restitution des bénéfices ou profits.

[2] La Cour est saisie de deux appels et appels incidents visant les jugements par lesquels le juge Zinn (le juge) de la Cour fédérale s'est penché sur le deuxième type de réparation et a établi le montant des profits que les appelants (M. Rivett (Rivett) et MM. Lawrence Janssens, Ronald Janssens et Alan Kerkhof (Janssens) (collectivement appelés les appelants)) doivent restituer aux intimées, Monsanto Canada Inc. et Monsanto Company. Les motifs du jugement (les motifs de *Rivett* ou les motifs modifiés de *Janssens* sont publiés sous les intitulés *Monsanto Canada Inc. c. Rivett*, 2009 CF 317, [2010] 2 R.C.F. 93 (jugement rendu le 26 mars 2009, T-1515-05) et *Monsanto Canada Inc. c. Janssens*, 2009 CF 318 (jugement rendu le 10 juillet 2009, T-1545-05).

[3] On 22 October 2009, Sexton J.A. directed that these appeals be heard together. Therefore, I shall address both files in these reasons. However, as each one presents its own set of facts and, at times, unique issues, I shall highlight the differences as required over the course of my discussion.

### Background

[4] Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company (together Monsanto) are the licensee and owner, respectively, of Canadian Patent No. 1313830 (the '830 patent), which relates to an invention entitled "Glyphosate-Resistant Plants". The patent does not claim the whole plant, but rather the engineered genes that give the plant its herbicide-resistant qualities and the plant cells containing those genes. For our purposes, we need only know that in Canada, glyphosate-resistant seeds and plants protected under the '830 patent are sold under the trade-mark ROUNDUP READY (RR). Crops emerging from RR seeds and RR plants are therefore resistant to glyphosate herbicides such as Monsanto's product sold under the name ROUNDUP.

[5] The appellants have all admitted infringement of the '830 patent by growing, harvesting and selling crops of soybeans which they knew contained genes and cells as claimed in said patent (RR soybeans). As a result of the appellants' admission, summary judgments were issued on consent providing that questions relating to Monsanto's remedies arising from the deliberate infringement were to be dealt with after Monsanto's election as between damages and an accounting of profits. Monsanto chose accounting of profits as the remedy for the appellants' breach.

[6] The starting point in any method of accounting for profits is the determination of the infringer's revenues

[3] Le 22 octobre 2009, le juge Sexton de la Cour d'appel a ordonné que ces appels soient entendus ensemble. Par conséquent, je traiterai des deux dossiers dans les présents motifs. Cependant, comme chacun comporte des faits, et même parfois des questions, qui lui sont propres, je ferai ressortir dans mon analyse les différences qu'il convient de signaler.

### Historique

[4] Monsanto Canada Inc. et Monsanto Company (appelées collectivement Monsanto) sont respectivement titulaire de licence et propriétaire du brevet canadien n° 1313830 (le brevet '830) qui porte sur une invention intitulée « Plantes résistant au glyphosate ». Le brevet ne revendique pas la plante entière, mais plutôt les gènes modifiés, qui donnent à la plante ses propriétés de résistance aux herbicides, ainsi que les cellules de la plante qui contiennent ces gènes. Pour les besoins de la présente affaire, tout ce qu'il importe de savoir est que les semences et les plantes résistantes au glyphosate protégées par le brevet '830 sont vendues au Canada sous la marque de commerce ROUNDUP READY (RR). Les récoltes qui résultent des semences RR et des plantes RR résistent par conséquent aux herbicides à base de glyphosate comme le produit de Monsanto vendu sous le nom ROUNDUP.

[5] Les appelants ont tous admis avoir contrefait le brevet '830 et avoir récolté et vendu des fèves de soja en sachant qu'elles contenaient des gènes et des cellules revendiquées dans ledit brevet (fèves de soja RR). À la suite de l'admission des appelants, des jugements sommaires ont été rendus sur consentement. Ils prévoyaient que les questions relatives aux réparations à accorder à Monsanto pour la contrefaçon délibérée devaient être traitées eu égard au choix de Monsanto entre des dommages-intérêts et une restitution des bénéfices. Monsanto a choisi la restitution des bénéfices comme réparation pour la contrefaçon du brevet par les appelants.

[6] Le point de départ de toute méthode de calcul des bénéfices à restituer consiste à établir les revenus que le

made from the acts of infringement of the patent. In all cases, the party whose patent has been infringed need only prove these revenues. Here, they were formally admitted. (See agreed statement of facts, Rivett's appeal book, Vol. 1, Tab 8, page 158, at paragraph 21; Janssens' appeal book, Tab 8, at paragraphs 20, 41–43.)

[7] Then, it is the infringer who has to reveal the costs incurred to derive the revenues and who has to disgorge the profits (*Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483 (C.A.), at page 494 (*Reading & Bates*). The profit to be disgorged is the difference between the revenues and the costs. Of course, at times an apportionment will be required as the patentee is only entitled to that portion of the infringer's profit which is causally attributable to the invention. (See *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3 (C.A.); *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.), at paragraph 37, cited in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902 (*Schmeiser*), at paragraph 101.) The controversy between the parties is in the approach to be used in implementing the causation requirement in the accounting. What rules should be used in determining "the costs that are to be deducted from [the appellant's] gross revenues from sales" (*Rivett's* reasons, at paragraph 67)?

[8] Monsanto argues that there are three approaches to quantifying an award of profits in patent infringement cases: the differential profit approach; the full absorption or full cost approach; and the variable cost or differential cost approach urged on this Court by it.

[9] Having considered the practical consequences of each approach (*Rivett's* reasons, at paragraphs 28–65), the Judge came to the conclusion "that this Court must apply the differential profit approach when conducting an accounting of profits in this case" (paragraph 65).

[10] The Judge described the analysis required under this approach (*Rivett*, at paragraph 29):

contrefacteur a tirés de ses actes de contrefaçon du brevet. Dans tous les cas, il suffit à la partie dont le brevet a été contrefait de démontrer ces revenus. En l'espèce, ceux-ci ont fait l'objet d'admissions formelles. (Voir la déclaration conjointe des faits, dossier d'appel de Rivett, vol. 1, onglet 8, page 158, au paragraphe 21; dossier d'appel de Janssens, onglet 8, aux paragraphes 20, 41, 42 et 43.)

[7] Puis, le contrefacteur doit faire état des dépenses qu'il a engagées pour tirer ses revenus et restituer les bénéfices (*Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483 (C.A.), à la page 494 (*Reading & Bates*). Les bénéfices à restituer sont la différence entre les revenus et les frais. Bien sûr, parfois une répartition est requise, puisque le breveté n'a droit qu'à la portion des bénéfices réalisés par le contrefacteur qui a un lien de causalité avec l'invention. (Voir *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.); *Celanese International Corp. c. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.), au paragraphe 37, cité dans l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902 (*Schmeiser*), au paragraphe 101.) Le litige entre les parties porte sur la méthode qu'il convient d'utiliser pour satisfaire à l'exigence relative à la cause pour le calcul du montant à restituer. Quelles règles faut-il appliquer pour déterminer « les dépenses devant être déduites du revenu brut tiré [des] ventes » de l'appelant (les motifs de la décision *Rivett*, au paragraphe 67)?

[8] Monsanto soutient qu'il existe trois façons de calculer le montant des bénéfices à restituer dans les affaires de contrefaçon de brevet : la méthode du profit différentiel; la méthode du coût de revient complet ou de la totalité des coûts; la méthode du coût variable ou du coût différentiel que Monsanto demande à la Cour d'appliquer.

[9] Après avoir examiné les conséquences pratiques de chacune des méthodes (les motifs de la décision *Rivett*, aux paragraphes 28 à 65), le juge est parvenu à la conclusion « que la Cour doit recourir à la méthode du profit différentiel en l'espèce en vue de déterminer les bénéfices à restituer » (au paragraphe 65).

[10] Le juge a décrit dans les termes suivants l'analyse que cette méthode appelle (*Rivett*, au paragraphe 29) :

a. Is there a causal connection between the profits made and the infringement? If there is none, then there are no profits that require an accounting.

b. If there is a causal connection, then what were the profits made by the infringer as a result of the infringement? This amount I shall describe as the gross profits of infringement.

c. Is there a non-infringing option that the infringer could have used?

d. If there is no non-infringing option, then the gross profits of infringement are to be paid over to the patentee.

e. If there is a non-infringing option, then what profit would the infringer have made, had he used that option? This amount I shall describe as the gross profits of non-infringement.

f. Where there was a non-infringing option available, the amount to be paid over to the patentee is the difference between the gross profits of infringement and the gross profits of non-infringement. This sum is the profit that is directly attributable to and that results from the infringement of the invention.

[11] Item (c) of the Judge's formula asks whether there was a non-infringing option that the infringer could have used. The Judge concluded that "conventional soybeans are a non-infringing alternative to [RR] soybeans". As a result, the Judge went on to item (e) of his formula and used the alternative product as a comparator because it had none of Monsanto's invention (paragraphs 63 and 57 of *Rivett's* reasons).

[12] The appellants agree with the differential profit approach adopted by the Judge but allege that he erred in various respects in his calculations and when deducting expenses from gross profits. In addition, they posit that the Judge erred in determining too high a differential between the gross profits of infringement and the profit the appellants would have made had they used the next best non-infringing alternative.

[13] Monsanto challenges the Judge's chosen approach and, in the alternative, his finding that conventional

a. Y a-t-il un lien causal entre les profits réalisés et la contrefaçon? En l'absence d'un tel lien, il n'y a pas de profits qu'il y ait lieu de remettre.

b. S'il y a bel et bien un lien causal, quels profits le contrefacteur a-t-il alors réalisés du fait de la contrefaçon? Ce montant, je le qualifierai de « profits bruts tirés de la contrefaçon ».

c. Le contrefacteur aurait-il pu recourir à une option exempte de contrefaçon?

d. En l'absence de solution non contrefaisante, les profits bruts tirés de la contrefaçon doivent être remis au titulaire de brevet.

e. S'il existait une solution non contrefaisante, quels profits le contrefacteur aurait-il tirés en y recourant? Je qualifierai cette fois ce montant de « profits bruts en l'absence de contrefaçon ».

f. Lorsqu'une solution non contrefaisante était disponible, le montant à verser au titulaire de brevet correspond à la différence entre les profits bruts tirés de la contrefaçon et les profits bruts qui auraient été tirés en l'absence de contrefaçon. Ce montant correspond au profit directement attribuable à la contrefaçon de l'invention et qui en découle.

[11] L'élément c) de la formule du juge soulève la question de savoir s'il existait une option exempte de contrefaçon à laquelle le contrefacteur aurait pu recourir. Le juge a conclu que « les graines de soja conventionnelles constituent une solution de substitution non contrefaisante aux graines de soja [RR] ». En conséquence, le juge est passé à l'élément e) de sa formule et a utilisé le produit de substitution comme comparateur parce qu'il ne renfermait rien de l'invention de Monsanto (aux paragraphes 63 et 57 des motifs de la décision *Rivett*).

[12] Les appelants sont d'accord avec la méthode du profit différentiel retenue par le juge, mais font néanmoins valoir qu'il s'est trompé à plusieurs égards dans ses calculs et en défalquant les dépenses des profits bruts. De plus, ils soutiennent que le juge a commis une erreur en déterminant un écart exagéré entre les profits bruts de la contrefaçon et les profits que les appelants auraient réalisés s'ils avaient recouru à la meilleure solution de substitution non contrefaisante.

[13] Monsanto conteste la méthode choisie par le juge et, subsidiairement, sa conclusion selon laquelle les fèves



soybeans were an appropriate comparator, and in the case of Mr. Rivett, whether or not such conventional seed was in fact available to him in 2004, as found by the Judge at paragraph 63 of his reasons.

[14] In the end, I conclude that the Judge made no error when he chose and applied the differential profit approach to the cases at bar. I also conclude that Monsanto's arguments on the cross-appeals do not justify the intervention of our Court. I would therefore dismiss Monsanto's cross-appeals.

[15] Conversely, I would allow the appeals, in part, because I find that the Judge erred when determining that the profit differential expected of RR soybeans when compared to conventional soybeans was 31 percent instead of 18 percent. A chart prepared by Monsanto to demonstrate the increased profit that could be realized by the use of its product showed a profit differential of 18 percent. In the *Rivett* appeal, I also find that the Judge erred in failing to have regard to a whole body of evidence relating to costs for general maintenance and equipment repairs, which should have led to a further deduction from gross profits.

[16] By arguing that the Judge erred in not choosing the differential cost approach, Monsanto attacks the very foundation of the Judge's reasons. Therefore, I shall dispose of this argument up front as all other issues are concerned with the differential profit approach. Once done, I will continue on with my analysis of the cross-appeals before turning to the appeals.

### Analysis

#### *A. Standard of review*

[17] On the cross-appeals, Monsanto argues that the standard of review in respect of the Judge's identification and articulation of the legal test to be applied to the facts is correctness (Monsanto's memorandum in *Rivett*,

de soja conventionnelles constituaient un comparateur approprié, et ce, dans le cas de M. Rivett, qu'il ait été possible ou non pour celui-ci de se procurer en 2004 de telles semences conventionnelles, comme le juge l'a conclu au paragraphe 63 de ses motifs.

[14] Tout bien considéré, je conclus que le juge n'a pas commis d'erreur en choisissant et en appliquant la méthode du profit différentiel aux présentes espèces. Je conclus également que les arguments de Monsanto en ce qui a trait aux appels incidents ne justifient pas l'intervention de notre Cour. Je rejeterais en conséquence les appels incidents de Monsanto.

[15] Réciproquement, j'accueillerais les appels en partie, car j'estime que le juge a commis une erreur en déterminant que le différentiel de profit escompté des fèves de soja RR comparativement aux fèves conventionnelles était de 31 p. 100 au lieu de 18 p. 100. Un tableau élaboré par Monsanto pour démontrer l'accroissement des profits que l'utilisation de son produit permet de réaliser faisait état d'un différentiel de profit de 18 p. 100. Dans l'appel de la décision *Rivett*, je conclus également que le juge a commis une erreur en négligeant tout un ensemble d'éléments de preuve relatifs aux frais d'entretien général et de réparation du matériel, qui auraient dû donner lieu à une déduction supplémentaire des profits bruts.

[16] En soutenant que le juge a commis une erreur en ne choisissant pas la méthode du coût différentiel, Monsanto attaque le fondement même des motifs du juge. Par conséquent, je statuerai d'abord sur cet argument, car toutes les autres questions en litige concernent la méthode du profit différentiel. J'examinerai ensuite les appels incidents et, enfin, les appels.

### Analyse

#### *A. Norme de contrôle*

[17] En ce qui concerne les appels incidents, Monsanto fait valoir que la norme de contrôle applicable à la détermination et la formulation par le juge du critère juridique à appliquer aux faits est celle de la décision correcte

at paragraph 53).

[18] The appellants argue that their appeals raise questions of law or questions of mixed fact and law. Although statutory in nature, the monetary remedies, they say, are equitable in origin. When the Judge disallowed some of their expenses, he erred in law because he misapplied “the principle of equity”.

[19] I disagree with both Monsanto and the appellants. While I agree that a standard of correctness applies to the question of whether the Judge applied an appropriate test, in this case, the Judge chose between a number of legally acceptable tests. When a judge chooses between a set of legally acceptable tests, his or her choice, and the results of his or her application of the test, must be accorded deference.

[20] The jurisprudence dictating the standard of review of damages awards is founded in large part on the speech of Viscount Simon in *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.), at page 613 (*Nance*):

Whether the assessment of damages be by a judge or a jury, the appellate court is not justified in substituting a figure of its own for that awarded below simply because it would have awarded a different figure if it had tried the case at first instance. Even if the tribunal of first instance was a judge sitting alone, then, before the appellate court can properly intervene, it must be satisfied either that the judge, in assessing the damages, applied a wrong principle of law (as by taking into account some irrelevant factor or leaving out of account some relevant one); or, short of this, that the amount awarded is either so inordinately low or so inordinately high that it must be a wholly erroneous estimate of the damage. . . .

[21] This rule has been adopted repeatedly by the Supreme Court (see, for example, *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 SCC 58, [2001] 2 S.C.R. 943, at paragraph 80; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at paragraph 280;

(mémoire de Monsanto dans la décision *Rivett*, au paragraphe 53).

[18] Les appelants soutiennent que leurs appels soulèvent des questions de droit ou des questions mixtes de faits et de droit. Quoique de nature législative, les réparations pécuniaires, disent-ils, tirent leur origine de l'équité. En rejetant certaines de leurs dépenses, le juge a commis une erreur de droit parce qu'il a appliqué incorrectement [TRADUCTION] « le principe d'équité ».

[19] Je ne suis d'accord ni avec Monsanto ni avec les appelants. Quoique je convienne que la norme de la décision correcte s'applique à la question de savoir si le juge a appliqué le bon critère, le juge a choisi, en l'espèce, entre un certain nombre de critères juridiquement acceptables. Lorsqu'un juge choisit un critère parmi un ensemble de critères juridiquement acceptables, il convient de faire preuve de retenue à l'égard de son choix ainsi que du résultat de son application du critère.

[20] La jurisprudence qui dicte la norme de contrôle applicable aux jugements accordant des dommages-intérêts se fonde dans une grande mesure sur les propos du vicomte Simon dans l'arrêt *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.), à la page 613 (*Nance*) :

[TRADUCTION] Que l'appréciation des dommages soit effectuée par un juge ou un jury, la cour d'appel n'est pas autorisée à remplacer le montant alloué par une cour d'instance inférieure par un montant calculé par elle, simplement parce qu'elle aurait elle-même accordé un montant différent si elle avait jugé l'affaire en première instance. Même si le tribunal de première instance était constitué par un juge seul, la cour d'appel ne peut intervenir à bon droit que si elle est convaincue : soit que le juge, en évaluant les dommages, a appliqué un principe juridique erroné (en tenant compte par exemple d'un facteur non pertinent, ou en ne tenant pas compte d'un facteur pertinent), soit, si tel n'est pas le cas, que le montant accordé est si excessivement bas ou excessivement élevé qu'il doit constituer une estimation entièrement erronée des dommages [...]

[21] Cette règle a été appliquée à de nombreuses reprises par la Cour suprême (voir, par exemple, *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 CSC 58, [2001] 2 R.C.S. 943, au paragraphe 80; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, au

*Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430; *Industrial Teletype Electronics Corp. et al. v. City of Montreal*, [1977] 1 S.C.R. 629; *Proctor v. Dyck*, [1953] 1 S.C.R. 244) and this Court (*Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority*, [1995] 2 F.C. 132, at page 160; *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129, at page 173).

[22] The “wholly erroneous estimate” standard is in turn comparable to the “palpable and overriding error” standard articulated by the Supreme Court in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*). (See *Moskaleva v. Laurie*, 2009 BCCA 260, [2009] 8 W.W.R. 205, at paragraph 117; *Abbott v. Sharpe*, 2007 NSCA 6, 250 N.S.R. (2d) 228, at paragraph 110; *Litwinenko v. Beaver Lumber Co.* (2008), 237 O.A.C. 237 (Ont. Sup. Ct. J.), at paragraph 57.)

[23] While *Nance* refers to damages specifically, the rule can also be applied to an accounting of profits. In this case, an incorrect principle would mean that the Trial Judge used an unacceptable method to calculate profits attributable to the infringement and therefore subject to disgorgement. As is discussed below, the jurisprudence does not indicate that there is only one accepted method for the calculation of profits of damages; in truth, there may be many. While the differential profit approach may be the preferred method in many circumstances, it is not the only method. Indeed, an accounting of profits, unlike damages, is an equitable remedy (*Teledyne Industries Inc. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1979), 45 C.P.R. (2d) 18 (F.C.T.D.) (*Teledyne*); see also *Colburn v. Simms* (1843), 12 L.J. Ch. 388). As such, an accounting of profits should be flexible in order to make the injured party whole. Therefore, as long as the Trial Judge selected an acceptable method and followed it, his calculation cannot be overturned absent a “wholly erroneous estimate of the damage.”

paragraphe 280; *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430; *Industrial Teletype Electronics Corp. et al. c. Ville de Montréal*, [1977] 1 R.C.S. 629; *Proctor v. Dyck*, [1953] 1 R.C.S. 244) et par notre Cour (*Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique*, [1995] 2 C.F. 132, à la page 160; *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129, à la page 173).

[22] La norme applicable à une « erreur sérieuse dans l'évaluation » est quant à elle comparable à la norme sur l'« erreur manifeste et dominante » formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*). (Voir *Moskaleva v. Laurie*, 2009 BCCA 260, [2009] 8 W.W.R. 205, au paragraphe 117; *Abbott v. Sharpe*, 2007 NSCA 6, 250 N.S.R. (2d) 228, au paragraphe 110; *Litwinenko v. Beaver Lumber Co.* (2008), 237 O.A.C. 237 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 57.)

[23] Quoique l'arrêt *Nance* traite expressément des dommages-intérêts, la règle peut aussi s'appliquer à la restitution des bénéfices. Dans la présente affaire, il y aurait eu application d'un mauvais principe si le juge du procès avait utilisé une méthode inacceptable de calcul des profits qui sont imputables à la contrefaçon et qui doivent donc être restitués. Comme cela est analysé ci-après, la jurisprudence n'indique pas qu'il n'existe qu'une seule méthode acceptée de calcul des profits découlant du préjudice; en fait, il y en a plusieurs. Il est vrai que la méthode du profit différentiel est la méthode privilégiée dans de nombreuses situations, mais ce n'est pas la seule méthode. Le calcul des profits, contrairement au calcul des dommages-intérêts, constitue une réparation en equity (*Teledyne Industries Inc. c. Lido Industrial Products Ltd.*, [1979] A.C.F. n° 1010 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Teledyne*); voir aussi *Colburn v. Simms* (1843), 12 L.J. Ch. 388). À ce titre, il convient de faire preuve de souplesse lors de la restitution des bénéfices pour rétablir la situation de la partie lésée. Par conséquent, dans la mesure où le juge du procès choisit une méthode acceptable et qu'il la suit, son calcul ne peut pas être infirmé sauf en cas d'« erreur sérieuse dans l'évaluation du dommage ».

B. *Monsanto's cross-appeals*

[24] The following questions are put to this Court:

(1) Did the Judge err when applying the differential profit approach to the accounting of profits?

(2) Were conventional soybeans a non-infringing alternative?

(3) Were conventional soybeans an available option to Mr. Rivett in 2004?

(1) The differential profit approach v. the differential cost approach

[25] Despite the fact that, in *Schmeiser*, at paragraph 102, the Supreme Court of Canada called the differential profit approach the “preferred means of calculating an accounting of profits”, Monsanto argues that Canadian courts have consistently declined to apply the differential profit approach.

[26] Basically, Monsanto relies on the courts’ application of the variable cost approach, in which “the sale revenues are first ascertained and the only deductions permitted are the variable expenses directly attributable to those infringing products, and any increases in fixed expenses directly attributable to the infringing products” (Monsanto’s memorandum in *Rivett*, at paragraph 103). It refers to *Teledyne, Reading & Bates, Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.*, [2001] 2 F.C. 618, (2001), 11 C.P.R. (4th) 218 (C.A.) (*Wellcome*), and *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2002), 16 C.P.R. (4th) 417 (Ont. C.A.) (*Bayer*), four pre-*Schmeiser* decisions, and suggests that the variable cost approach is the preferred means in situations of deliberate and intentional infringement.

[27] Under that approach, Monsanto adds, “no part or proportion of any expenditures which would have been incurred had the infringing operation not taken place, is

B. *Les appels incidents de Monsanto*

[24] La Cour est saisie des questions suivantes :

1) Le juge a-t-il commis une erreur en recourant à la méthode du profit différentiel pour le calcul des bénéfices devant être restitués?

2) Les fèves de soja conventionnelles constituaient-elles une solution de substitution non contrefaisante?

3) Les fèves de soja conventionnelles constituaient-elles une option pour M. Rivett en 2004?

1) La méthode du profit différentiel c. la méthode du coût différentiel

[25] Malgré le fait que, dans l’arrêt *Schmeiser*, au paragraphe 102, la Cour suprême du Canada a qualifié la méthode du profit différentiel de « méthode privilégiée de calcul des profits », Monsanto soutient que les tribunaux canadiens ont constamment refusé d’appliquer cette méthode.

[26] Fondamentalement, Monsanto s’appuie sur l’application par les tribunaux de la méthode du coût variable dans laquelle [TRADUCTION] « les revenus provenant des ventes sont d’abord déterminés et les seules déductions permises sont les frais variables directement attribuables aux produits contrefaisants et les augmentations des frais fixes directement attribuables aux produits contrefaisants » (mémoire de Monsanto dans la décision *Rivett*, au paragraphe 103). Elle cite les décisions *Teledyne, Reading & Bates, Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [2001] 2 C.F. 618 (C.A.) (*Wellcome*), et *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2002), 16 C.P.R. (4th) 417 (C.A. Ont.) (*Bayer*), quatre décisions antérieures à l’arrêt *Schmeiser*, et fait valoir que la méthode du coût variable est la méthode privilégiée dans les situations de contrefaçon délibérée et intentionnelle.

[27] Selon cette méthode, ajoute Monsanto [TRADUCTION] « on ne peut considérer comme déductible aucune partie ou fraction d’une dépense qui aurait été

to be considered as deductible” (Monsanto’s memorandum in *Rivett*, at paragraph 103). Therefore, the amount on account of profits to be disgorged should have been \$129 477.21 for Mr. Rivett, rather than the \$40 137.94 awarded by the Judge. In the Janssens’ case, which covers years 2004 and 2005, it should have been \$16 258.08 instead of \$5 040 for Lawrence Janssens; \$14 379.04 instead of \$4 457.50 for Ronald Janssens; and \$16 258.08 instead of \$5 040 for Alan Kerkhof. (See conclusions of Monsanto’s memoranda.)

[28] As acknowledged by the Judge, in *Schmeiser*, the Supreme Court endorsed the differential profit approach to an accounting of profits in five short paragraphs (at paragraphs 101–105):

It is settled law that the inventor is only entitled to that portion of the infringer’s profit which is causally attributable to the invention: *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3 (C.A.); *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.), at para. 37. This is consistent with the general law on awarding non-punitive remedies: “[I]t is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach” (*Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 556, per McLachlin J. (as she then was), quoted with approval by Binnie J. for the Court in *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142, at para. 93).

The preferred means of calculating an accounting of profits is what has been termed the value-based or “differential profit” approach, where profits are allocated according to the value contributed to the defendant’s wares by the patent: N. Siebrasse, “A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 *C.I.P.R.* 79. A comparison is to be made between the defendant’s profit attributable to the invention and his profit had he used the best non-infringing option: *Collette v. Lasnier* (1886), 13 S.C.R. 563, at p. 576, also referred to with approval in *Colonial Fastener Co. v. Lightning Fastener Co.*, [1937] S.C.R. 36.

The difficulty with the trial judge’s award is that it does not identify any causal connection between the profits the appellants were found to have earned through growing Roundup Ready Canola and the invention. On the facts found, the

engagée si la contrefaçon n’avait pas eu lieu » (mémoire de Monsanto dans la décision *Rivett*, au paragraphe 103). Par conséquent, le montant des profits à restituer aurait dû être de 129 477,21 \$ pour M. Rivett, et non le 40 137,94 \$ accordé par le juge. Dans le cas des Janssens, qui porte sur les années 2004 et 2005, ce montant aurait dû être 16 258,08 \$ au lieu de 5 040 \$ pour Lawrence Janssens, 14 379,04 \$ au lieu de 4 457,50 \$ pour Ronald Janssens et 16 258,08 \$ au lieu de 5 040 \$ pour Alan Kerkhof. (Voir les conclusions du mémoire de Monsanto.)

[28] Comme l’a reconnu le juge, dans l’arrêt *Schmeiser*, la Cour suprême a approuvé la méthode du profit différentiel pour le calcul des profits à restituer dans cinq courts paragraphes (aux paragraphes 101 à 105) :

Il est bien établi que l’inventeur a seulement droit à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur, qui a un lien de causalité avec l’invention : *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, 1997] 2 C.F. 3 (C.A.); *Celanese International Corp. c. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.), par. 37. Cela est conforme à la règle générale qui s’applique en matière de réparation non punitive : « il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement » (*Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 556, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef), cité et approuvé, au nom de la Cour, par le juge Binnie dans l’arrêt *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142, par. 93).

La méthode privilégiée de calcul des profits devant être remis est appelée méthode fondée sur la valeur ou méthode du « profit différentiel », qui consiste à calculer les profits en fonction de la valeur que le brevet a permis aux marchandises du défendeur d’acquérir : N. Siebrasse, « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 *C.I.P.R.* 79. Il faut comparer le profit que l’invention a permis au défendeur de réaliser à celui que lui aurait permis de réaliser la meilleure solution non contrefaisante (*Collette c. Lasnier* (1886), 13 R.C.S. 563, p. 576, aussi mentionné avec approbation dans l’arrêt *Colonial Fastener Co. c. Lightning Fastener Co.*, [1937] R.C.S. 36).

Le problème est que, en ordonnant la remise des profits, le juge de première instance n’a fait état d’aucun lien de causalité entre l’invention et les profits que, selon lui, les appelants ont tirés de la culture de canola Roundup Ready. D’après les

appellants [referred to as Mr. Schmeiser in my reasons] made no profits as a result of the invention.

Their profits were precisely what they would have been had they planted and harvested ordinary canola. They sold the Roundup Ready Canola they grew in 1998 for feed, and thus obtained no premium for the fact that it was Roundup Ready Canola. Nor did they gain any agricultural advantage from the herbicide resistant nature of the canola, since no finding was made that they sprayed with Roundup herbicide to reduce weeds. The appellants' profits arose solely from qualities of their crop that cannot be attributed to the invention.

On this evidence, the appellants earned no profit from the invention and Monsanto is entitled to nothing on their claim of account. [Emphasis in original.]

[29] Monsanto denies any precedential authority to *Schmeiser* and moves away from its comparative approach, taking the position that the Supreme Court's statement in *Schmeiser* was made in the context of the unique and particular facts of that case. It sees significant differences between the *Schmeiser* case and the ones at bar, emphasizing why *Schmeiser* and the cases at hand must be distinguished and treated differently (Monsanto's memorandum in *Rivett*, at paragraphs 104–107 and 115–116):

1. *Schmeiser* was a test case where Mr. Schmeiser, in good faith, was also attacking the validity of the '830 Patent;
2. Mr. Schmeiser was found to be a “non-benefiting intentional infringer”, because the RR canola seed were inadvertently carried onto his land; and
3. Mr. Schmeiser never took advantage of the invention because he did not spray his crops with ROUNDUP herbicide.

[30] Monsanto submits that “the differential profit approach ought to be restricted to those circumstances in which the infringer is ... found to be a non-benefiting intentional infringer ... [who] does not adjust his farming practices to take advantage of the technology” (Monsanto's memorandum in *Rivett*, at paragraph 116).

faits constatés, les appelants [on fait référence à M. Schmeiser dans les présents motifs] n'ont réalisé aucun profit dû à l'invention.

Ils ont réalisé exactement les mêmes profits que s'ils avaient planté et récolté du canola ordinaire. Ils ont vendu, comme aliment pour animaux, le canola Roundup Ready cultivé en 1998 et n'ont donc pas obtenu un meilleur prix du fait qu'il s'agissait de canola Roundup Ready. Sur le plan agricole, les appelants n'ont également tiré aucun avantage de la résistance du canola à l'herbicide, vu l'absence de conclusion qu'ils ont pulvérisé de l'herbicide Roundup pour diminuer la présence des mauvaises herbes. Les profits des appelants découlaient uniquement des caractéristiques de leur récolte qui ne sont pas attribuables à l'invention.

Selon la preuve produite en l'espèce, les appelants n'ont tiré aucun profit de l'invention et Monsanto n'a droit à rien en ce qui concerne sa demande de remise. [Souligné dans l'original.]

[29] Monsanto refuse de reconnaître toute valeur de précédent à l'arrêt *Schmeiser* et s'écarte de la méthode comparative qui y est préconisée, soutenant que la déclaration de la Cour suprême dans l'arrêt *Schmeiser* a été faite dans le contexte des faits particuliers de cette affaire. Elle voit des différences importantes entre l'affaire *Schmeiser* et les présentes espèces et fait ressortir les raisons pour lesquelles l'arrêt *Schmeiser* et les présentes espèces doivent être considérées comme distinctes et traitées différemment (mémoire de Monsanto dans la décision *Rivett*, aux paragraphes 104 à 107, 115 et 116) :

[TRADUCTION]

1. *Schmeiser* était une cause type dans laquelle M. Schmeiser, de bonne foi, attaquait également la validité du brevet '830;
2. Il a été conclu que M. Schmeiser était un « contrefacteur non intentionnel qui n'a tiré aucun bénéfice » parce que les semences de canola RR avaient été transportées à son insu sur ses terres;
3. M. Schmeiser n'a jamais tiré parti de l'invention parce qu'il n'a jamais pulvérisé l'herbicide ROUNDUP sur ses récoltes.

[30] Monsanto fait valoir que [TRADUCTION] « la méthode du profit différentiel devrait être restreinte aux situations dans lesquelles l'on conclut que le contrefacteur est [...] un contrefacteur non intentionnel n'ayant tiré aucun bénéfice [...] [qui] ne modifie pas ses pratiques agricoles afin de tirer parti de la technologie »

Monsanto adds that the appellants' wilful infringement should have led the Judge away from the differential profit approach; a method that allegedly offers insufficient deterrence to infringement. (See *Wellcome*, at paragraph 20, where it was found that "adopting the comparative approach would have the further disadvantage of providing no incentive to individuals to take measures to avoid infringing others' patents".)

[31] On a fair reading of *Schmeiser*, I am unable to see how the factual matrix in that case is materially different from the one in the cases at hand. Monsanto's statement as to Mr. Schmeiser's innocent use of the patent was obviously not reflected in the evidence accepted by the courts. Rather, it was found that Mr. Schmeiser (*Schmeiser*, at paragraph 87):

... actively cultivated canola containing the patented invention as part of their business operations. Mr. Schmeiser complained that the original plants came onto his land without his intervention. However, he did not at all explain why he sprayed Roundup to isolate the Roundup Ready plants he found on his land; why he then harvested the plants and segregated the seeds, saved them, and kept them for seed; why he next planted them; and why, through this husbandry, he ended up with 1030 acres of Roundup Ready Canola which would otherwise have cost him \$15,000.

[32] As mentioned by the Judge, "the findings of fact regarding Mr. Schmeiser and the [RR] canola growing on his farm remove him from the innocent user category. He planted the crop knowing what it was and he took active steps to ensure that most of the crop he planted was from [RR] seed" (*Rivett's* reasons, at paragraph 43).

[33] On these facts, the Supreme Court upheld the finding of our Court that Mr. Schmeiser "used Monsanto's patented gene and cell and hence infringed the *Patent Act*" (*Schmeiser*, above, at paragraph 97). Therefore, the majority of the Court addressed and rejected the argument that Mr. Schmeiser did not use the invention

(mémoire de Monsanto dans la décision *Rivett*, au paragraphe 116). Monsanto ajoute que la contrefaçon délibérée des appelants aurait dû mener le juge à écarter la méthode du profit différentiel, une méthode qui, à ses dires, ne constitue pas une dissuasion suffisante à la contrefaçon. (Voir l'arrêt *Wellcome*, au paragraphe 20, dans lequel il a été conclu que « l'adoption de la méthode comparative comporterait un autre désavantage, celui de ne pas inciter les personnes concernées à prendre des mesures pour éviter la contrefaçon des brevets d'autrui ».)

[31] Après lecture objective de l'arrêt *Schmeiser*, je ne vois pas comment la matrice factuelle dans cette affaire est substantiellement différente de celle des présentes espèces. La déclaration de Monsanto sur l'utilisation innocente du brevet par M. Schmeiser n'est pas reflétée dans la preuve acceptée par les cours. Au contraire, il a été conclu que M. Schmeiser (au paragraphe 87) :

[...] [a] toutefois, dans le cadre de [ses] activités commerciales, réellement cultivé du canola contenant l'invention. Monsieur Schmeiser s'est plaint que les premières plantes s'étaient retrouvées sur ses terres sans aucune intervention de sa part. Cependant, il n'a absolument pas expliqué pourquoi il avait pulvérisé du Roundup pour isoler les plantes Roundup Ready trouvées sur sa terre, pourquoi il avait alors récolté ces plantes et en avait sélectionné les graines pour les conserver et les convertir en semences, pourquoi il les avait ensuite semées et pourquoi il a ainsi fini par cultiver 1 030 acres de canola Roundup Ready qui lui auraient par ailleurs coûté 15 000 \$.

[32] Comme l'a dit le juge, « les conclusions de fait tirées quant à M. Schmeiser et au canola [RR] cultivé sur sa ferme soustraient ce dernier de la catégorie des exploitants innocents. Il a ensemencé son terrain en connaissance de cause et il a pris des mesures pour s'assurer que la plus grande part de sa récolte proviendrait de graines [RR] » (motifs de la décision *Rivett*, au paragraphe 43).

[33] Sur le fondement de ces faits, la Cour suprême a confirmé la conclusion de notre Cour selon laquelle M. Schmeiser a « exploité » le gène et la cellule brevetés de Monsanto et, partant, contrevenu à la *Loi sur les brevets* » (*Schmeiser*, précité, au paragraphe 97). Par conséquent, la majorité de la Cour a examiné et rejeté

because he did not use ROUNDUP as an aid to cultivation, and therefore never took commercial advantage of the special utility of the invention. That argument, seen as “a way of attempting to rebut the presumption of use that flows from possession” failed because it ignored “the stand-by or insurance utility of the properties of the patented genes and cells. Whether or not a farmer sprays with Roundup herbicide, cultivating canola containing the patented genes and cells provides stand-by utility. The farmer benefits from that advantage from the outset: if there is reason to spray in the future, the farmer may proceed to do so” (*Schmeiser*, above, at paragraphs 83–84). In the end, Mr. Schmeiser’s intention, as determinative as Monsanto would want it to be, became irrelevant to the finding of infringement. It only came into play in the accounting for profits.

[34] So, no matter how they came to it, wilfully or not, after a trial or upon admissions, Mr. Schmeiser and the appellants were all found to have infringed a biotechnology-based patent. Mr. Schmeiser and the appellants all met the one condition precedent to an accounting of profits: infringement of the '830 patent.

[35] Once this is said, I find that the cases under appeal fit *Schmeiser*. Firstly, as stated by the Judge: “On this basis alone, one may reject [Monsanto’s] claim that *Schmeiser* has to be read as the Court fashioning a remedy to absolve the defendant of his innocent use of the patented seed” (*Rivett*, above, at paragraph 43).

[36] Also, the Supreme Court’s statement in *Schmeiser* is unambiguous: the preferred means of calculating an accounting of profits (in French “la méthode privilégiée de calcul des profits”) is the differential profit approach (emphasis added). The fact that the award of profits in *Schmeiser* is zero does not, in my opinion, taint that principle or narrow its application. It is simply the result of the non-existence of “any causal connection between

l’argument selon lequel M. Schmeiser n’avait pas utilisé l’invention parce qu’il n’avait pas pulvérisé le ROUNDUP sur ses cultures et qu’il n’avait donc pas tiré un avantage commercial de l’utilité particulière de l’invention. L’argument considéré comme « une tentative de réfuter la présomption d’exploitation découlant de la possession » a été rejeté parce qu’il ne tenait pas compte de « l’utilité latente des propriétés des gènes et cellules brevetés. Qu’un agriculteur pulvérise ou non l’herbicide Roundup, la culture de canola possédant les gènes et cellules brevetés engendre une utilité latente. L’agriculteur profite de cet avantage dès le départ : il lui sera possible de recourir à la pulvérisation si jamais elle se révèle nécessaire » (*Schmeiser*, précité, aux paragraphes 83 et 84). En fin de compte, l’intention de M. Schmeiser, aussi décisive que Monsanto voudrait qu’elle soit, a été considérée comme non pertinente relativement à la conclusion de contrefaçon. Elle n’est entrée en jeu que relativement à la restitution des profits.

[34] Par conséquent, qu’ils aient intentionnellement ou non récolté des plantes RR, les cours ont conclu, au terme d’un procès ou à la suite d’admissions, que M. Schmeiser et les appelants avaient tous contrefait un brevet fondé sur une biotechnologie. M. Schmeiser et les appelants ont tous satisfait à l’unique condition préalable à la restitution des profits : la contrefaçon du brevet '830.

[35] Cela dit, j’estime que les faits des présentes affaires correspondent à ceux de l’arrêt *Schmeiser*. Premièrement, comme le juge l’a dit : « Sur ce fondement seul, il serait possible de rejeter la prétention [de Monsanto] selon laquelle il conviendrait de voir dans l’arrêt *Schmeiser* la conception par la Cour suprême d’une réparation en vue de soustraire le défendeur aux conséquences de son exploitation innocente de la semence brevetée » (*Rivett*, précité, au paragraphe 43).

[36] La Cour suprême est par ailleurs très claire dans l’arrêt *Schmeiser* : la méthode privilégiée de calcul des profits (en anglais, « *the preferred means of calculating an accounting of profits* ») est la méthode du profit différentiel (non souligné dans l’original). À mon avis, le fait que le montant des profits dans la décision *Schmeiser* ait été nul ne porte pas atteinte au principe et ne réduit pas la portée de son application. L’absence de



the profits [Mr. Schmeiser was] found to have earned through growing [RR] Canola and the invention” (*Schmeiser*, at paragraph 103). Because Mr. Schmeiser had not sprayed the crops, no profits were causally attributable to the invention. As a result, an apportionment was neither necessary nor possible as there were no profits from the infringement to oppose to those that were not caused by the infringement.

[37] As stressed by the appellants, Monsanto did not invent soybeans. The differential profit approach can properly account for this fact by affording Monsanto “the portion of the appellant’s profits which equals the profit differential expected of [RR] soybeans when compared to conventional soybeans” (*Rivett’s* responding memorandum, at paragraph 22). This was also the opinion of the Judge who wrote at paragraph 53 of his reasons:

[T]he differential profit approach . . . isolates and identifies the profit that was generated because of the patented invention. In short, it looks to those profits that result from the invention that is protected and eliminates those profits that may be earned but that have no causal link to the invention. Profits that are made that are not attributable to the invention may be retained by the wrongdoer.

[38] In my view, *Schmeiser* is a complete answer to Monsanto’s first issue in these cross-appeals. An in-depth analysis of *Teledyne, Reading & Bates, Wellcome* and *Bayer* is neither necessary, nor useful.

[39] In *Schmeiser*, the Supreme Court characterized the differential profit approach as the “preferred” means, not the “only” means of accounting for profits. Therefore, I do not read *Schmeiser* as closing the door definitely on the use by the Trial Judge of other valuation methods better suited to a different set of facts.

[40] It may be that the majority had intended that this method of determining an accounting of profits was to apply in the context of biotechnology-based

profits découlait simplement de ce qu’il n’avait été « fait état d’aucun lien de causalité entre l’invention et les profits que, selon [le juge], [M. Schmeiser a] tirés de la culture de canola [RR] » (*Schmeiser*, au paragraphe 103). Comme M. Schmeiser n’a pas pulvérisé le Roundup sur les cultures, il n’existait pas de lien de causalité entre l’invention et les profits. En conséquence, une répartition n’était ni nécessaire, ni possible, puisque la contrefaçon n’avait donné lieu à aucuns profits qui auraient pu être opposés à ceux sans lien de causalité avec la contrefaçon.

[37] Comme le soulignent les appelants, Monsanto n’a pas inventé les fèves de soja. La méthode du profit différentiel permet de tenir dûment compte de ce fait en accordant à Monsanto [TRADUCTION] « la partie des profits de l’appelant qui égale le profit différentiel escompté des fèves de soja [RR] lorsqu’on les compare aux fèves de soja conventionnelles » (mémoire de réponse de *Rivett*, au paragraphe 22). Il s’agissait également de l’avis du juge, qui écrit au paragraphe 53 de ses motifs :

[L]a méthode du profit différentiel [...] a pour effet de repérer et distinguer les profits générés par l’invention brevetée. En y recourant, en bref, on retient les profits qui résultent de l’invention protégée et on élimine ceux qui ont pu être gagnés mais qui n’ont pas de lien de causalité avec l’invention. Les profits réalisés mais non attribuables à l’invention peuvent être conservés par le transgresseur.

[38] À mon avis, l’arrêt *Schmeiser* répond complètement au premier point des présents appels incidents de Monsanto. Une analyse approfondie des décisions *Teledyne, Reading & Bates, Wellcome* et *Bayer* n’est ni nécessaire ni utile.

[39] Dans l’arrêt *Schmeiser*, la Cour suprême a qualifié la méthode du profit différentiel de « privilégiée », et non de « seule » méthode de calcul des profits. Par conséquent, je ne considère pas que l’arrêt *Schmeiser* ait fermé définitivement la porte à la possibilité qu’un juge de première instance utilise d’autres méthodes d’évaluation plus appropriées à un ensemble de faits différent.

[40] Il se peut que les juges majoritaires aient voulu que cette méthode de calcul des profits s’applique dans le contexte des inventions fondées sur la

inventions, or that the parties in *Schmeiser* had styled their arguments in terms of apportionment, as some authors have suggested. (See: Case Comment by A. David Morrow and Colin B. Ingram, “Of Transgenic Mice and Roundup Ready Canola: The Decisions of the Supreme Court of Canada in *Harvard College v. Canada* and *Monsanto v. Schmeiser*” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 189.)

[41] It could also be that the majority Judges, who had already taken support from Professor Siebrasse’s article [Siebrasse, Norman. “A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 *C.I.P.R.* 79], as cited at paragraph 102 of *Schmeiser*, also agreed with him that the results in *Reading & Bates* and *Wellcome* “are arguably consistent with the differential profit approach” (Rivett’s book of authorities, Vol. 2, Tab 19, at page 16); or that the majority Judges’ intention “was to take the law on the remedy of the account of profits in a new direction” Ronald E. Dimock, *Intellectual Property Disputes: Resolutions & Remedies*, Vol. 2, loose-leaf (Toronto: Carswell, 2004, at page 18-29 and following).

[42] In any event, all these considerations are better left for another day. On the facts of this case and, on the record, I conclude the Judge was right in his approach. He understood Monsanto’s position and thoroughly canvassed and analysed Monsanto’s arguments in his reasons. The Judge was obviously aware of other valuation methodologies, prior court cases dealing with them and the scholarly debate amongst intellectual property practitioners as to their relevance and applicability. He was not convinced that the Supreme Court’s stated preference for the differential profit approach should be as narrowly construed as suggested by Monsanto (*Rivett*’s reasons, at paragraph 44). Based on the factual evidence presented to him, and taking support from *Schmeiser*, the Judge exercised his discretion, and applied the differential profit approach in situations very similar to the one in *Schmeiser*. I have not been persuaded that the Judge erred in applying the differential profit approach to Messrs. Rivett, Janssens and Kerkhof.

biotechnologie, ou que les parties dans l’arrêt *Schmeiser* aient présenté leurs arguments en termes de répartition, comme certains auteurs l’ont affirmé. (Voir le commentaire rédigé par A. David Morrow et Colin B. Ingram : « Of Transgenic Mice and Roundup Ready Canola : The Decisions of the Supreme Court of Canada in *Harvard College v. Canada* and *Monsanto v. Schmeiser* » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 189.)

[41] Il se peut aussi que les juges de la majorité, qui s’étaient déjà appuyés sur l’article du professeur Siebrasse [Siebrasse, Norman. « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 *C.I.P.R.* 79], cité au paragraphe 102 de l’arrêt *Schmeiser*, convenaient également avec lui qu’on pourrait soutenir que les issues des arrêts *Reading & Bates* et *Wellcome* [TRADUCTION] « sont compatibles avec la méthode du profit différentiel » (dossier des sources invoquées de Rivett, vol. 2, onglet 19, à la page 16); ou que l’intention des juges de la majorité ait été [TRADUCTION] « de faire prendre une nouvelle direction au droit en matière de restitution des bénéfiques » (Ronald E. Dimock, *Intellectual Property Disputes : Resolutions & Remedies*, vol. 2, feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 2004, aux pages 18-29 et suivantes).

[42] Quoi qu’il en soit, il convient de laisser toutes ces considérations pour une autre occasion. Vu les faits de l’espèce et le dossier, je conclus que la méthode suivie par le juge était correcte. Il a compris la position de Monsanto et a, dans ses motifs, analysé en détail les arguments de celle-ci. Il ne fait pas de doute que le juge était au courant des autres méthodologies d’évaluation, de la jurisprudence qui en traite ainsi que du débat intellectuel parmi les spécialistes de la propriété intellectuelle quant à leur pertinence et à leur applicabilité. Il n’était pas convaincu que le fait que la Cour suprême ait déclaré privilégier la méthode du profit différentiel devait être interprété de manière aussi étroite que Monsanto le faisait valoir (motifs de la décision *Rivett*, au paragraphe 44). Se fondant sur la preuve factuelle qui lui était présentée ainsi que sur l’arrêt *Schmeiser*, le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire et a appliqué la méthode du profit différentiel dans des situations très similaires à celle de l’arrêt *Schmeiser*. Je ne suis pas

As I stated above, the Judge was required to choose an acceptable remedy. I am of the view that he devised the best monetary remedy to address the infringement cases before him and therefore committed no reviewable error in respect of this issue.

(2) Conventional soybeans as a non-infringing alternative

[43] As the Judge found, “[i]t will always be an issue when applying the differential profit approach whether there is a non-infringing alternative that can be used as a comparator” (*Rivett’s* reasons, at paragraph 54). In the cases at bar, the Judge held that “[t]he comparison is to the profit that would have been earned from using the next best product that is not the patented product itself, with the latter acting as a baseline from which to calculate added value. That results in a true reflection of the profits made from the invention—the necessary causal link” (*Rivett*, at paragraph 56).

[44] Having said this, the Judge concluded that conventional soybean was the appropriate comparator. Monsanto argues that the Judge’s finding ignores the undisputed evidence of the enduring agricultural, lifestyle and environmental benefits which the uniqueness of the patented technology provides to farmers. These very attributes, it adds, render conventional soybean seeds an inappropriate candidate as a non-infringing alternative because none of these benefits accrue to the users of ordinary seeds. (See Monsanto’s memoranda, at paragraph 127 in *Rivett*, and paragraph 144 in *Janssens*.)

[45] Monsanto’s argument is not convincing. In his reasons, the Judge discusses the testimony of Mr. McGuire who attested, on behalf of Monsanto, to the value of the invention from a farmer’s viewpoint, relying on a chart prepared by Monsanto and published on its Web site.

convaincue que le juge a commis une erreur en appliquant la méthode du profit différentiel à MM. Rivett, Janssens et Kerkhof. Comme je l’ai dit précédemment, le juge était tenu de choisir une réparation acceptable. Je suis d’avis qu’il a établi la réparation pécuniaire la plus appropriée pour les affaires de contrefaçon dont il était saisi et qu’il n’a donc pas commis d’erreur susceptible de révision relativement à cette question.

2) Les fèves de soja conventionnelles comme solution de substitution non contrefaisante

[43] Comme le juge l’a dit, « [l]a question va toujours se poser, lorsque sera appliquée la méthode du profit différentiel, de savoir s’il existe une solution de substitution non contrefaisante pouvant servir de comparateur » (motifs de la décision *Rivett*, au paragraphe 54). Dans les présentes espèces, le juge a statué que « [l]a comparaison est à établir avec les profits qu’on aurait réalisés en exploitant le meilleur produit possible après le produit breveté même, ce dernier devant servir de référence pour le calcul de la valeur ajoutée. Il en résulte une image fidèle des profits tirés de l’invention — le lien de causalité nécessaire » (*Rivett*, au paragraphe 56).

[44] Le juge a ensuite conclu que les fèves de soja conventionnelles constituaient le comparateur approprié. Monsanto soutient que les conclusions du juge ne tiennent pas compte de la preuve non contestée portant sur les avantages durables du point de vue de l’agriculture, du mode de vie et de l’environnement que le caractère unique de la technologie brevetée procure aux agriculteurs. Ces mêmes attributs, ajoute-t-elle, font des semences de soja conventionnelles une solution de substitution non contrefaisante inappropriée parce que les semences ordinaires ne procurent aucun de ces avantages à leurs utilisateurs. (Voir les mémoires de Monsanto, au paragraphe 127 dans la décision *Rivett*, et au paragraphe 144 dans la décision *Janssens*.)

[45] L’argument de Monsanto n’est pas convaincant. Dans ses motifs, le juge traite de la déposition de M. McGuire, témoin de Monsanto, qui a mis en évidence la valeur de l’invention du point de vue d’un agriculteur, présentant à l’appui un tableau élaboré par Monsanto et

That chart shows how a farmer “can potentially earn a \$40/acre advantage on Roundup Ready vs. conventional bin run soybeans” (Exhibit P-1, Rivett’s appeal book, Vol. 1, Tab 9, at page 160 and following).

[46] Having heard the evidence, the Judge agreed with the appellants that the motivation for a grower to choose RR soybeans is financial. Presumably, as submitted by the appellants, any alleged agricultural benefits enjoyed by the farmer will translate into a measurable financial benefit—such as increased yields or cost of production savings—of which the court duly accounted for when assessing the profit differential of RR soybeans (Rivett’s responding memorandum, at paragraph 31).

[47] It seems that while Monsanto alleges an error in the Judge’s finding that the profits derived which are attributable to the invention relate to the extra yield reaped as a result of the RR system, it was Monsanto’s pleadings and evidence that established exactly that (see Monsanto’s compendium (cross-appeal), Tab 7B, at pages 97–98; Rivett’s appeal book, Vol. 1, Tab 5, at paragraph 12; see also agreed statement of facts, at page 156, at paragraph 7).

[48] Moreover, in *Schmeiser*, the Supreme Court addressed, as we know, the same patent and a very similar situation, and found that ordinary canola was an appropriate comparator for RR canola. Monsanto has failed to explain how this finding was wrong.

[49] The record shows that there was a clearly non-infringing alternative available for comparison: conventional soybean seeds. Monsanto has not persuaded me that the Judge erred in his finding.

affiché sur le site Web de celle-ci. Le tableau montre comment un agriculteur [TRADUCTION] « peut potentiellement tirer des avantages équivalant à 40 \$ l’acre en utilisant Roundup Ready plutôt que les fèves de soja “tout-venant” conventionnelles » (pièce P-1, dossier d’appel de Rivett, vol. 1, onglet 9, aux pages 160 et suivantes).

[46] Après avoir entendu la preuve, le juge a convenu avec les appelants que les agriculteurs choisissent les fèves de soja RR pour des raisons financières. On peut supposer, comme l’ont soutenu les appelants, que tout avantage agricole prétendument tiré par l’agriculteur se traduit par un bénéfice financier mesurable — tel qu’une augmentation de la production ou des économies quant au coût de production — dont le tribunal a dûment tenu compte pour évaluer le profit différentiel des fèves de soja RR (mémoire correspondant de Rivett, au paragraphe 31).

[47] Si je comprends bien, Monsanto soutient que le juge a commis une erreur en concluant que les profits attribuables à l’invention provenaient de la production supplémentaire résultant du système RR. Néanmoins, ses actes de procédure et sa preuve établissent précisément cette dernière conclusion (voir le recueil de Monsanto (appel incident), onglet 7B, aux pages 97 et 98; dossier d’appel de Rivett, vol. 1, onglet 5, au paragraphe 12; voir aussi l’exposé conjoint des faits, à la page 156, au paragraphe 7).

[48] De plus, dans l’arrêt *Schmeiser*, la Cour suprême a traité, comme nous le savons, du même brevet et d’une situation très semblable et a conclu que le canola ordinaire constituait un comparateur approprié pour le canola RR. Monsanto n’a pas expliqué en quoi cette conclusion était erronée.

[49] Il ressort clairement du dossier qu’il existait une solution de remplacement non contrefaisante pouvant servir de comparateur : les semences de soja conventionnelles. Monsanto ne m’a pas convaincue que la conclusion du juge était erronée.

(3) Availability of conventional soybeans to Mr. Rivett in 2004

[50] This last question concerns Mr. Rivett only. His testimony was that in the spring of 2004, there was a shortage of ordinary soybeans. In cross-examination, he said (Monsanto’s compendium (cross-appeal), Tab 8(B), at pages 216–217):

“We checked with our local co-op and they were sold out of conventional beans. Our co-op in Alliston and Beeton — that’s our closest co-op — they own seven or eight different locations, and all they have to do is punch it up on the computer, and it goes to all locations to tell you there what they have in inventory. . . . We used our own bin run conventional beans first, and, when they ran out, these other RR beans were in a trailer and wagon and we opted to use them”.

[51] The Judge concluded that market availability of the best non-infringing alternative was not determinative. He was of the view that “[i]f one uses a comparator only if it is actually physically available for use, but not when it exists but is physically unavailable, the fact that the resulting crop has a value apart from the invention will be ignored” (*Rivett’s* reasons, at paragraph 62).

[52] Monsanto argues that this statement is a clear error and cites pages 499–500 of *Reading & Bates* for the proposition that Mr. Rivett had the onus of proving the availability of conventional soybean seeds. Having failed, the Judge could not conclude that there was a non-infringing option that Mr. Rivett could have used.

[53] Once again, I disagree with Monsanto. *Reading & Bates* must be distinguished from the *Rivett* case. The accounting in *Reading & Bates* concerned the profits made by the appellant from the infringement of the respondents’ patented method for installing a pipeline. Counsel for the infringer expressly argued that the differential profit approach should be used. Our colleague, Létourneau J.A., distinguished cases applying the differential profit approach by characterizing them

3) La disponibilité des fèves de soja traditionnelles pour M. Rivett en 2004

[50] Cette dernière question ne concerne que M. Rivett. Selon son témoignage, au printemps de 2004, il y avait une pénurie de fèves de soja ordinaires. En contre-interrogatoire, il a déclaré (recueil de Monsanto (appel incident), onglet 8(B), aux pages 216 et 217) :

[TRADUCTION] « Nous avons vérifié auprès de notre coopérative locale et on nous a dit qu’il ne leur restait plus de fèves de soja habituelles. Notre coopérative à Alliston et Beeton — il s’agit de notre coopérative la plus proche — est propriétaire de sept ou huit succursales et tout ce qu’elle a à faire est de taper sur l’ordinateur pour savoir ce que chacune des succursales a en stock [ . . . ] Nous avons d’abord utilisé nos propres fèves de soja « tout-venant » conventionnelles et, quand nous n’en avons plus eues, ces autres fèves RR étaient dans une remorque et nous avons décidé de les utiliser ».

[51] Le juge a conclu que la disponibilité sur le marché de la solution de remplacement non contrefaisante n’était pas déterminante. Il était d’avis que « [s]i l’on recourait uniquement à un produit de comparaison qui soit véritablement disponible au plan matériel pour être exploité, mais qu’on ne le fasse pas lorsqu’il existe mais qu’il n’est pas ainsi disponible, l’on ferait abstraction du fait que la récolte obtenue a une valeur indépendante de celle de l’invention » (motifs de la décision *Rivett*, au paragraphe 62).

[52] Monsanto soutient que ces propos sont clairement erronés et cite les pages 499 et 500 de l’arrêt *Reading & Bates* à l’appui de la proposition qu’il incombait à M. Rivett de démontrer la disponibilité des fèves de soja conventionnelles. Celui-ci ne l’ayant pas fait, le juge ne pouvait pas conclure qu’il existait une option non contrefaisante à laquelle M. Rivett aurait pu recourir.

[53] Encore une fois, je ne suis pas d’accord avec Monsanto. L’arrêt *Reading & Bates* doit être distingué de la décision *Rivett*. La restitution dans l’arrêt *Reading & Bates* concernait les profits tirés par l’appelant de la contrefaçon de la méthode brevetée par les intimées pour l’installation d’un gazoduc. L’avocat du contrefacteur a expressément soutenu que la méthode du profit différentiel devait être utilisée. Notre collègue, le juge Létourneau, a établi une distinction avec les

as “the sort of cases where a patent or process represents only a part of the ultimate production” [footnote omitted] whereas the case at hand was one where the contract required the use of the very method devised by the respondents and where the patent comprised the whole of what was sold by the appellant (*Reading & Bates*, above, at page 499).

[54] Moreover, while the Court did consider the alternative tunnelling processes to be unavailable and theoretical, the facts behind this comment show that it referred more to the existence of the relevant process, or the practicality of its use for the job in question. At footnote 18, the Court noted:

The evidence revealed that “Method A” had already been tried unsuccessfully by the respondents on a previous occasion in an attempt to install a pipeline. The method failed and the respondents suffered a loss of \$1.7 million. See the transcript of proceedings, vol. I, at pp. 87-88 and 203-204. “Method B” had only been used once out of more than a hundred jobs of which the witness for the appellant was aware. It was used more than five years after the installation of the pipeline in the St. Lawrence River for the crossing of a river under conditions very different and much more favourable than those encountered with the St. Lawrence River. Yet, losses in the amount of \$200,000 were incurred. See the transcript of proceedings, vol. II, at pp. 134-141. As to the impossibility of using “Method C” over a distance of more than 5,200 feet as required for the crossing of the St. Lawrence River, see the transcript of proceedings, vol. I, at pp. 206-207. According to the witness, the distance was too great and the pipe too slender. “Method D” was impractical for the St. Lawrence River project and could have led to a twist-off and the necessity of abandoning the hole and starting all over again. See the transcript of proceedings, vol. I, at pp. 208-210.

[55] In the instant case, conventional soybeans existed at that relevant time and they were suitable for planting in Mr. Rivett’s fields. It is also worth noting that at pages 499–500 of *Reading & Bates*, cited with approval by Monsanto, the Court does not state the comparator must be shown to have been actually available to the infringer. Rather, it requires proof that such is available in similar conditions.

affaires dans lesquelles la méthode du profit différentiel était appliquée en les qualifiant « du genre d’affaire où le brevet ne constitue qu’un élément de la production finale » [note en bas de page omise] tandis que dans l’affaire dont la cour était saisie, il fallait pour exécuter le contrat avoir recours à la méthode même élaborée par les intimées et le brevet visait la totalité de ce que vendait l’appelante (*Reading & Bates*, précité, à la page 499).

[54] De plus, quoique la Cour ait estimé que les processus de substitution pour l’installation du gazoduc étaient théoriques et non disponibles, les faits sur lesquels elle s’appuie pour faire ce commentaire montrent qu’elle faisait davantage référence à l’existence du processus adéquat, ou à la valeur pratique de son utilisation pour le travail en question. À la note en bas de page 18, la Cour note :

La preuve a révélé que les intimées avaient déjà tenté sans succès d’employer la méthode A en essayant d’installer un pipeline. La méthode avait échoué et les intimées avaient subi une perte de 1,7 million de dollars. Voir la transcription des procédures, vol. I, aux p. 87 et 88 et 203 et 204. La méthode B n’avait été utilisée qu’une fois au cours de la centaine de travaux dont le témoin de l’appelante avait eu connaissance. Elle a été utilisée pour traverser une rivière, plus de cinq ans après l’installation du gazoduc sous le fleuve Saint-Laurent, dans des conditions très différentes et beaucoup plus favorables. Pourtant, l’entreprise avait subi des pertes de 200 000 \$ à cette occasion. Voir la transcription des procédures, vol. II, aux p. 134 à 141. Quant à l’impossibilité de recourir à la méthode C sur une distance supérieure à 5 200 pieds, c’est-à-dire la distance à franchir pour traverser le Saint-Laurent, voir la transcription des procédures, vol. I, aux p. 206 et 207. Selon le témoin, la distance était trop grande et le tube d’un trop faible diamètre. La méthode D ne convenait pas dans le cas du projet du Saint-Laurent et aurait pu provoquer une rupture par torsion, ce qui aurait nécessité l’abandon du trou et un nouveau forage. Voir la transcription des procédures, vol. I, aux p. 208 à 210.

[55] Dans la présente affaire, des fèves de soja conventionnelles existaient à ce moment pertinent et elles étaient adéquates comme semences pour les champs de M. Rivett. Il convient également de noter que, aux pages 499 et 500 de la décision *Reading & Bates* à laquelle renvoie Monsanto, la Cour ne dit pas qu’il faille montrer que le contrefacteur avait réellement accès au comparateur. Elle exige plutôt la preuve d’une disponibilité dans des conditions similaires.

Assuming that these alternatives could have been taken into consideration in computing the profits, the burden of proving their availability, their utility and workability in conditions similar to those under which the work was performed, along with their costs, rested with the appellant.

[56] This is a very different proposition than Monsanto makes it out to be. The availability, utility and workability of conventional soybeans in conditions similar to those in which Mr. Rivett used the RR soybeans are established by Monsanto's evidence, which itself compares the two.

[57] Further as Mr. Rivett points out, there was evidence before the Court that 40 percent of soybeans cultivated in 2004 were conventional soybeans (Rivett's appeal book, Vol. 1, Tab 9, at page 161). And, in fact, the Judge found according to the agreed statement of facts that Mr. Rivett did cultivate 811 acres of conventional soybeans.

[58] Therefore, there was ample written and oral evidence on which the Judge could have concluded as he did. In my view, he committed no error.

[59] I now turn to the appeals.

### C. *The Appeals*

[60] Although both files share some issues, the appeals will be examined separately as the Judge's factual findings are grounded on original evidence presented by each appellant.

#### (1) The appeal of Mr. Rivett

[61] Mr. Rivett having abandoned one of his five grounds of appeal, the remaining issues are:

1. Did the Judge err in refusing to include custom costs and labour in the deductions?

En supposant que ces méthodes de substitution eussent pu être prises en considération dans la détermination des bénéfices, c'est à l'appelante qu'il incombait de prouver qu'elles étaient disponibles et qu'elles étaient utiles et fonctionnelles dans des conditions similaires à celles du travail qui a été accompli, et d'en établir le coût.

[56] Il s'agit là d'une proposition très différente de celle que présente Monsanto. La disponibilité, l'utilité et l'exploitabilité des fèves de soja conventionnelles dans des conditions similaires à celles dans lesquelles M. Rivett a utilisé les fèves de soja RR sont établies dans la preuve de Monsanto, qui compare elle-même les deux.

[57] De plus, comme M. Rivett le fait remarquer, on a démontré à la Cour que 40 p. 100 des fèves de soja cultivées en 2004 étaient des fèves de soja conventionnelles (dossier d'appel de Rivett, vol. 1, onglet 9, à la page 161). Le juge a d'ailleurs conclu, conformément à l'exposé conjoint des faits, que M. Rivett avait cultivé 811 acres de fèves de soja conventionnelles.

[58] Par conséquent, il existait une preuve écrite et orale abondante sur laquelle le juge pouvait fonder sa conclusion. À mon avis, il n'a pas commis d'erreur.

[59] Je me pencherai maintenant sur les appels.

### C. *Les appels*

[60] Quoique les deux dossiers comportent quelques questions similaires, les appels seront examinés séparément, car les conclusions factuelles du juge sont fondées sur la preuve originale présentée par chaque appellant.

#### 1) L'appel de M. Rivett

[61] M. Rivett a abandonné l'un de ses cinq moyens d'appel. Il reste donc les questions suivantes :

1. Le juge a-t-il commis une erreur en refusant d'inclure certains coûts associés à des activités précises et à la main-d'œuvre dans les déductions?

2. Did the Judge err in disallowing a deduction for rent in respect of 319 acres of land?

3. Did the Judge err in disallowing deductions of other expenses relating to equipment repairs and general maintenance?

4. Was the percentage of the profit differential too high?

[62] I am of the view that questions 1 and 2 must be answered negatively. Generally, the Judge made evidentiary rulings and factual findings in order to arrive at the profits to be disgorged. Subject, of course, to admissibility, the Judge was prepared to accept evidence that a farming operation expense was incurred, in part, with respect to the 947 acres of RR soybeans. Unless there was evidence that an expense was incurred with respect to less than the total acreage, 26.9 percent of an expenditure claimed for the farming operation as a whole would be allocated (947/3516 acres).

[63] In each case, the admissibility of a deduction was determined on a principled basis, that is, on the evidence, or lack thereof, tendered by Mr. Rivett in his attempt to meet his onus (*Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2002 FCA 309, [2003] 2 F.C. 165, at paragraph 85). The appellant takes support from *Alliedsignal Inc. v. du Pont Canada Inc.*, 1998 CanLII 7464, 78 C.P.R. (3d) 129 (F.C.T.D.) (*Alliedsignal*), asking this Court to reweigh the evidence given little or no weight to by the Judge, either because it was based on hearsay or because it was found unreliable. It cites *Alliedsignal*, at paragraph 144, for the proposition that although it may be difficult to calculate some costs, it does not preclude “the Court’s obligation to make its best estimate, and ultimately to take such costs into account.”

[64] With respect, I find *Alliedsignal* of little use in this appeal. After a careful review of the Judge’s reasons

2. Le juge a-t-il commis une erreur en ne permettant pas une déduction du loyer relativement à 319 acres de terre?

3. Le juge a-t-il commis une erreur en ne permettant pas des déductions d’autres dépenses ayant trait aux réparations du matériel et à l’entretien général?

4. Le pourcentage des profits différentiels était-il trop élevé?

[62] Je suis d’avis qu’on doit répondre négativement aux deux premières questions. De façon générale, le juge a pris des décisions relatives à la preuve et a tiré des conclusions de faits afin de calculer les profits à restituer. Sous réserve bien entendu de leur admissibilité, le juge était disposé à accepter les éléments de preuve selon lesquels certaines dépenses liées aux activités agricoles avaient été engagées en partie relativement aux 947 acres de fèves de soja RR. En l’absence de preuve démontrant que certaines dépenses avaient été engagées pour une surface moindre que la superficie totale en acres, 26,9 p. 100 des dépenses déclarées pour l’ensemble des activités agricoles seraient allouées (947/3516 acres).

[63] Dans chaque cas, la décision quant à l’admissibilité de la déduction était motivée, c’est-à-dire qu’elle reposait sur la preuve, ou l’absence de preuve, présentée par M. Rivett pour tenter de s’acquitter de son fardeau (*Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2002 CAF 309, [2003] 2 C.F. 165, au paragraphe 85). L’appelant invoque la décision *Alliedsignal Inc. c. du Pont Canada Inc.*, 1998 CanLII 7464 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Alliedsignal*) et demande à la Cour de procéder à une nouvelle appréciation des éléments de preuve auxquels le juge a accordé peu ou pas de poids, soit parce qu’ils étaient fondés sur le oui-dire, soit parce qu’ils avaient été jugés non fiables. Il invoque la décision *Alliedsignal*, au paragraphe 144, à l’appui de la proposition que, bien qu’il puisse être difficile de calculer certains coûts, cela ne supprime pas « l’obligation qui incombe à la Cour d’en arriver à la meilleure estimation et de prendre en considération, en fin de compte, de tels coûts ».

[64] Avec respect, j’estime que la décision *Alliedsignal* est de peu d’utilité dans le présent appel. Après un



and of the transcripts, I have not been persuaded that the Judge committed a palpable or overriding error. The Judge could not find evidence where there was none. As well, the Judge could not “guesstimate” the costs directly related to Mr. Rivett’s RR soybean crop. As stated by the Judge, Mr. Rivett was “properly entitled to deduct from the gross revenue received from the sale of the crop his legitimate and proved expenses” (*Rivett’s* reasons, at paragraph 66) (emphasis added).

(a) *Custom costs and labour*

[65] The appellant argues that the Judge erred in not permitting “any deductions representing the cost of planting, cultivating, spraying, harvesting and trucking the infringing soybean crop”, referred to as custom work costs (*Rivett’s* memorandum, at paragraph 27). In the agreed statement of facts, Mr. Rivett made a number of formal admissions that he did not pay any third party to carry out the infringing activities.

[66] Still, in order to obtain a deduction for his own labour, Mr. Rivett attempted to introduce an unaudited income statement comparing his revenue and expenses for the years ended December 31, 2004 and December 31, 2005, which had not been previously produced on record and whose author was not on the list of witnesses. This evidence was ruled inadmissible. The appellant also produced a hand-written document he had prepared that purported to reflect mostly the average cost incurred to grow soybeans (Exhibit D-12, *Rivett’s* appeal book, Vol. 2, Tab 26, at page 499), along with a chart apparently prepared by the Ontario Federation of Agriculture relating to average custom work rates in Ontario in 2003 (Exhibit D-13, *Rivett’s* appeal book, Vol. 2, Tab 27, at page 500).

examen attentif des motifs du juge et des transcriptions, je ne suis pas convaincue que le juge a commis une erreur manifeste ou dominante. Le juge ne pouvait pas trouver d’éléments de preuve là où il n’y en avait pas. De plus, le juge ne pouvait pas faire une estimation « au jugé » des coûts découlant directement de la récolte de fèves de soja RR de M. Rivett. Comme le juge l’a dit, « il convient que le défendeur [M. Rivett] déduise ses dépenses prouvées et légitimes du revenu brut tiré de la vente de sa récolte » (motifs de *Rivett*, au paragraphe 66) (non souligné dans l’original).

a) *Coûts associés à des activités précises et à la main-d’œuvre*

[65] L’appelant soutient que le juge a commis une erreur en ne permettant [TRADUCTION] « aucune déduction pour les activités de planter, cultiver, arroser, moissonner et transporter par camion des fèves de soja contrefaisantes récoltées », qui sont désignées comme les [TRADUCTION] « coûts associés à des activités précises » (mémoire de Rivett, au paragraphe 27). Dans l’exposé conjoint des faits, M. Rivett a fait un certain nombre d’admissions formelles selon lesquelles il n’a pas payé de tiers pour effectuer les activités de contrefaçon.

[66] Néanmoins, pour obtenir une déduction pour son propre travail, M. Rivett a tenté de présenter une déclaration de revenus non vérifiée comparant son revenu et ses dépenses pour les années se terminant le 31 décembre 2004 et le 31 décembre 2005, qui n’avait pas été auparavant produite au dossier et dont l’auteur n’était pas sur la liste des témoins. Cet élément de preuve a été jugé inadmissible. L’appelant a également présenté un document manuscrit qu’il avait élaboré et qui devait essentiellement indiquer le coût moyen requis pour cultiver des fèves de soja (pièce D-12, dossier d’appel de Rivett, vol. 2, onglet 26, à la page 499), ainsi qu’un tableau apparemment élaboré par la Fédération de l’agriculture de l’Ontario faisant état des taux moyens pour diverses activités agricoles en Ontario en 2003 (pièce D-13, dossier d’appel de Rivett, vol. 2, onglet 27, à la page 500).

[67] The Judge ruled that the appellant could speak to the information contained in Exhibit D-12, but that any information contrary to direct evidence of actual expenses incurred, or contrary to any of the agreed facts would be given no weight. Further, it was indicated that little weight was likely to be given to the evidence insofar as it relied on information obtained from third party sources. In the end, in light of his ultimate decision on the issue, the Judge completely disregarded Exhibit D-12.

[68] Also, the Judge did not allow a deduction for the cost of Mr. Rivett's labour. Mr. Rivett argued that in *Schmeiser*, the Trial Judge had reduced the gross revenues by a reasonable amount to reflect an allowance for Mr. Schmeiser's labour (*Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2001 FCT 256, 12 C.P.R. (4th) 204). However, the Judge found the facts of the instant case on that point quite distinguishable from those in *Schmeiser*. In that case, the infringing party was not Mr. Schmeiser, but his corporation. The profits to be disgorged were those of the corporation, from which Mr. Schmeiser would have been paid a salary for his work instead of the dividends he actually took, and on that basis the profits were reduced by an allowance of \$16 per acre. Here, as the Judge found at paragraph 92 of his reasons in *Rivett*:

Whether [Mr. Rivett] pays himself a salary or takes the whole of the yearly profits of the farming operation at year end, the result is the same — the entire amount is his profit. To permit a deduction for his labour in these circumstances would be to permit him to keep, rather than disgorge, some of the profits made because of the infringement. That is neither equitable nor just. [Emphasis in original.]

[69] In light of the record, it was open to the Judge to disallow custom work costs and labour costs. I conclude that this ground of appeal is ill-founded.

(b) *Rent costs for 319 acres*

[70] On its reading of the evidence, Monsanto had suggested that land rent should be calculated on the basis

[67] Le juge a statué que l'appellant pouvait parler des renseignements contenus dans la pièce D-12, mais qu'il ne serait accordé aucun poids à tout renseignement contraire soit à la preuve directe des dépenses véritablement engagées, soit à l'un quelconque des faits exposés conjointement par les parties. De plus, il a été indiqué qu'il était probable qu'il serait accordé peu de poids aux éléments de preuve dans la mesure où ils s'appuyaient sur des renseignements obtenus de tiers. En fin de compte, vu sa décision finale sur la question, le juge n'a tenu aucun compte de la pièce D-12.

[68] De même, le juge n'a pas permis la déduction du coût du travail effectué par M. Rivett. Celui-ci a fait valoir que, dans l'arrêt *Schmeiser*, le juge du procès avait réduit les revenus bruts d'un montant raisonnable pour tenir compte du travail de M. Schmeiser (*Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2001 CFPI 256). Cependant, le juge a conclu que les faits en l'espèce sur ce point s'écartaient considérablement de ceux de l'arrêt *Schmeiser*. Dans cette affaire, la partie contrefaisante n'était pas M. Schmeiser, mais sa société. Les profits à restituer étaient ceux de la société, de laquelle M. Schmeiser aurait reçu un salaire pour son travail, au lieu des dividendes qu'il a effectivement touchés, et pour cette raison les profits ont été défalqués de 16 \$ par acre. Ainsi, comme le juge l'a conclu au paragraphe 92 de ses motifs dans la décision *Rivett* :

Qu'il se verse à lui-même un salaire ou qu'il empêche la totalité des profits annuels de l'exploitation agricole à la fin de l'exercice, le résultat est le même : tout cet argent, c'est son profit. Permettre dans ces circonstances qu'un montant soit déduit pour tenir compte de son travail, ce serait lui permettre de conserver plutôt que de restituer certains des bénéfices réalisés en raison de la contrefaçon. Cela n'est ni équitable ni juste. [Souligné dans l'original.]

[69] À la lumière du dossier, il était loisible au juge de refuser les coûts associés à des activités précises et à la main-d'œuvre. J'estime que ce moyen d'appel était mal fondé.

b) *Les coûts de loyer pour 319 acres*

[70] En s'appuyant sur son interprétation de la preuve, Monsanto avait proposé de calculer le loyer de la terre en

of \$49 per acre for the 947 acres of RR soybeans. The Judge found at paragraph 79 of his reasons in *Rivett* that only 628 acres out of the total 947 were accounted for in terms of rent. He allowed a deduction of \$44 795.62. Records for the rest were incomplete. Rent for the remaining 319 acres in question, at least, in part, was not paid by Mr. Rivett. Rather, it was exchanged for goods and services. The Judge wrote (at paragraphs 80–81):

... on a balance of probabilities all of the land devoted to the cultivation of the infringing crop in 2004 was rented for value. However, that value appears, in large part, to have been Mr. Rivett's own labour. Counsel for Monsanto took the Court to passages from the discovery of Mr. Rivett wherein it is clear that some of the land was paid for, at least in part, in goods and services to the landowner, e.g., tillage, snow removal, or hay.

I find below that Mr. Rivett is not entitled to any deduction from gross revenue for his labour. The same reasoning applies here. Further, there is no principled basis on which the Court can determine the value of any goods, such as hay, that were exchanged for use of the land he cultivated.

[71] Once again, Mr. Rivett argues that the Judge was tasked with making his best estimate of the costs associated with the rented land since he had found that use of the 319 acres was clearly not for free. Having failed to do so, he committed an error. I disagree.

[72] In light of the wide variation in rent prices (see Rivett's transcript for 12 January 2009, at pages 118–130), lack of specific evidence as to the market value of the acres in question, and the fact that Mr. Rivett had given value in the form of unquantifiable goods and services (Rivett's transcript, above, at page 157 and following), the Judge was entitled to conclude as he did.

(c) *Expenses not otherwise allowed, equipment repairs and general maintenance*

fonction d'un montant de 49 \$ l'acre pour les 947 acres de fèves de soja RR. Le juge a estimé au paragraphe 79 de ses motifs dans la décision *Rivett* qu'il n'avait été tenu compte pour le loyer que de 628 acres sur le total de 947 acres. Il a permis une déduction de 44 795,62 \$. Les dossiers relativement au reste étaient incomplets. Le loyer pour les 319 acres concernées restantes n'avait pas été payé, du moins en partie, par M. Rivett. Il avait fait l'objet d'un échange de biens et de services. Le juge écrit (aux paragraphes 80 et 81) :

[...] selon la prépondérance des probabilités [...] tous les terrains consacrés à la récolte contrefaite en 2004 ont été loués moyennant contrepartie. Celle-ci semble toutefois avoir été, pour large part, le propre travail de M. Rivett. Les avocats de Monsanto ont renvoyé la Cour à divers passages de l'interrogatoire préalable de M. Rivett d'où il ressort clairement que certains frais locatifs avaient été acquittés au propriétaire, du moins en partie, sous forme de biens et services tel du foin ou le travail du sol ou le déneigement.

J'en viens à la conclusion plus loin que M. Rivett ne peut rien déduire de son revenu brut au titre de son travail. Le même raisonnement est ici applicable. La Cour ne peut en outre de façon motivée établir la valeur des biens, tel le foin, que M. Rivett a donnés en échange de l'utilisation des terres qu'il a cultivées.

[71] De nouveau, M. Rivett soutient que la tâche du juge était d'estimer de son mieux les coûts associés à la location de la terre puisqu'il avait conclu qu'il était clair que l'utilisation de 319 acres n'était pas gratuite. Comme il ne l'a pas fait, il a commis une erreur. Je ne partage pas cet avis.

[72] Étant donné que les prix des loyers varient beaucoup (voir la transcription de Rivett du 12 janvier 2009, aux pages 118 à 130), l'absence de preuve précise quant à la valeur du marché des acres en question et le fait que, selon M. Rivett, le loyer était « payé » sous forme de biens et de services non quantifiables (transcription de Rivett, précitée, aux pages 157 et suivantes), le juge pouvait conclure comme il l'a fait.

c) *Les dépenses non permises autrement, les réparations de matériel et l'entretien général*

[73] Mr. Rivett suggests that the general apportionment of 26.9 percent applied in respect of other costs should have been applied to the \$11 961.40 (total amount disbursed according to Exhibit D-7) paid for general maintenance and equipment repairs which the evidence showed (Exhibit D-7, Rivett's appeal book, Vol. 2, Tab 21, at pages 383–417). The result would be a further reduction of the profit by \$3 217.62. Monsanto replies that the appellant failed to correlate such costs with revenues derived from his infringing activities. I agree with Mr. Rivett.

[74] Exhibit D-7 is a series of invoices from Midnight Excavation (generally in respect of repairs to farm equipment) dated from February 2004 to June 2004, each one accompanied by a cheque for a corresponding amount duly cashed by its payee. The work performed is described as "general repairs" on all of them, but one that mentions "skidster work" needed "to clean up some fence rows to put the trees back ... so they don't smother the crop" (Rivett's transcript for 12 January 2009, at page 169, lines 15–20). In his reasons, the Judge did not specifically deal with this evidence. On a fair and liberal reading of his reasons, I do not think that these general repair costs are caught by his statement at paragraph 69:

In my view, it is not appropriate to consider costs such as general farm insurance, capital depreciation, water, electricity, etc. as would be additionally considered under the full cost approach, discussed above. These expenses are too indirect to be entitled to consideration. In any event, the defendant provided no evidence of such costs.

[75] Then it leaves unaccounted for the costs associated with general maintenance and equipment repairs. I am of the view that this omission constitutes an error. A deduction of \$3 217.62 should have been allowed for the reasons given below.

[76] As mentioned above at paragraph 62, the Judge had set the general rule that "[p]rovided there is evidence that the expense was incurred, in part, with respect to the 947 acres of [RR] soybeans, a principled basis [upon

[73] M. Rivett fait valoir que l'établissement du pourcentage général de 26,9 p. 100 à l'égard des autres coûts aurait dû s'appliquer aux 11 961,40 \$ (le montant total versé selon la pièce D-7) payés pour l'entretien général et les réparations de matériel dont la preuve fait état (pièce D-7, dossier d'appel de Rivett, vol. 2, onglet 21, aux pages 383 à 417). Il en résulterait une nouvelle réduction des profits de 3 217,62 \$. Monsanto répond que l'appellant n'a pas établi de corrélation entre ces coûts et les revenus tirés des activités de contrefaçon. Je suis d'accord avec M. Rivett.

[74] La pièce D-7 consiste en une série de factures de Midnight Excavation (généralement en rapport avec des réparations de matériel agricole) datées de février 2004 à juin 2004, dont chacune est accompagnée d'un chèque au montant correspondant dûment encaissé par son bénéficiaire. Le travail exécuté est décrit comme étant des « réparations générales » sur chacune d'elles, mais l'une mentionne le [TRADUCTION] « travail sur un chargeur à direction à glissement » requis pour [TRADUCTION] « nettoyer certaines rangées de clôture afin de repousser les arbres pour qu'ils n'étouffent pas les récoltes » (transcription de Rivett du 12 janvier 2009, à la page 169, lignes 15 à 20). Dans ses motifs, le juge n'a pas expressément traité de cet élément de preuve. Selon une interprétation objective et large de ses motifs, je ne pense pas que sa déclaration du paragraphe 69 visait ces coûts de réparations générales :

Il n'y a pas lieu selon moi de prendre en considération des dépenses additionnelles comme celles concernant, par exemple, l'assurance agricole générale, l'amortissement, l'eau et l'électricité, tel qu'il serait fait selon la méthode, dont j'ai traité précédemment, de la totalité des coûts. Ces dépenses sont trop indirectives pour être prises en considération. De toute façon, le défendeur n'a pas fait la preuve de ces dépenses.

[75] Par ailleurs, cela ne tient pas compte des coûts découlant de l'entretien général et des réparations du matériel. Je suis d'avis que cette omission constitue une erreur. Une déduction de 3 217,62 \$ aurait dû être permise pour les motifs suivants.

[76] Comme cela est mentionné au paragraphe 62 des présents motifs, le juge a établi la règle générale qu'« [à] la condition qu'il y ait des éléments de preuve selon lesquels la dépense a été engagée, en partie, relativement

which] to allocate that expense is . . . the percentage of the acreage of [RR] soybeans to the total acreage of the business” (*Rivett’s* reasons, at paragraph 68) (emphasis added).

[77] A good example of how the Judge applied this rule concerns the fuel costs for which “Mr. Rivett’s testimony coupled with the documentary evidence permit[ted] a determination of these costs on a balance of probabilities” (*Rivett’s* reasons, at paragraph 83). In addition to providing accounts for diesel fuel for tractors and combines (Exhibit D-6, Rivett’s appeal book, Vol. 2, Tab 20, at pages 328–381), Mr. Rivett testified that “per acre fuel expenditures [were] similar from crop to crop, with the exception of wheat which involve[d] marginally higher combining costs, or ‘a little bit of difference in fuel per acre’”. The increase for wheat being marginal, the Judge held that the costs should be “spread equally among the crops” (*Rivett’s* reasons, at paragraph 85). This evidence allowed the Judge to conclude that fuel expenses were “incurred, in part, with respect to the 947 acres of [RR] soybeans” [emphasis added] (*Rivett*, at paragraph 68).

[78] In direct examination, Mr. Rivett stated that the invoices filed under D-7, “again like the fuel”, dealt with the farm generally. Repairs were for “everything on the farm . . . It is not just one thing there that they’re allocated for. It is in general . . . seed drills, calibrators, tractors” (Rivett’s transcript for 12 January 2009, at page 165, line 13 and following). Once the Judge had decided to spread the fuel costs equally among the various crops, it seems only logical to allocate as well, and on the same basis, the costs of maintaining and repairing the machinery that burns the fuel. Having carefully examined the evidence and the transcripts available in appeal, I conclude that these costs were incurred in part to grow the infringing crop.

aux 947 acres de soja [RR], une façon motivée d’accorder cette dépense consiste [dans le] pourcentage de la superficie totale de l’exploitation agricole que représente la superficie consacrée au soja [RR], à moins qu’il n’existe une preuve que la dépense n’a pas été engagée à l’égard de cette superficie totale » (motifs de la décision *Rivett*, au paragraphe 68) (non souligné dans l’original).

[77] Un bon exemple de la façon dont le juge a appliqué cette règle concerne les frais de carburant, « [l]a déposition de M. Rivett associée à la preuve documentaire [ayant permis] d’établir le montant de ces frais selon la prépondérance des probabilités » (motifs de la décision *Rivett*, au paragraphe 83). En plus de fournir des comptes pour les frais de diésel pour les tracteurs et les moissonneuses-batteuses (pièce D-6, dossier d’appel de Rivett, vol. 2, onglet 20, aux pages 328 à 381), M. Rivett a déclaré que [TRADUCTION] « les frais en carburant par acre étaient semblables pour les diverses récoltes, à l’exception de la récolte de blé à laquelle correspondent des frais de moissonnage-battage légèrement plus élevés ou un besoin en carburant un peu différent par acre ». L’augmentation pour le blé étant marginale, le juge a statué que les coûts devaient « se reparti[r] également entre les diverses récoltes » (motifs de la décision *Rivett*, au paragraphe 85). Cet élément de preuve a permis au juge de conclure que la dépense de carburant était « engagée, en partie, relativement aux 947 acres de soja [RR] » [non souligné dans l’original] (*Rivett*, au paragraphe 68).

[78] Lors de son interrogatoire principal, M. Rivett a déclaré que les factures déposées sous la cote D-7, [TRADUCTION] « comme dans le cas du carburant » se rapportaient à la ferme de manière générale. Les réparations concernaient [TRADUCTION] « tout sur la ferme [...] Elles ne se rapportaient pas à seulement une chose. Elles se rapportaient de manière générale [...] à des semoirs de grains, des calibrateurs, des tracteurs » (transcription de Rivett du 12 janvier 2009, à la page 165, lignes 13 et suivantes). Une fois que le juge a décidé de répartir les coûts de carburant également sur les diverses récoltes, il semblait tout à fait logique, sur la même base, de permettre également les coûts de l’entretien et des réparations de la machinerie dans laquelle le

carburant est consommé. Après avoir examiné attentivement la preuve et les transcriptions disponibles pour l'appel, je conclus que ces coûts ont été engagés en partie pour la culture des récoltes contrefaisantes.

(d) *Percentage of the profit differential: 31 percent versus 18 percent*

d) *Le pourcentage du profit différentiel : 31 p. 100 ou 18 p. 100*

[79] This leaves the final question of whether the percentage of the profit differential applied by the Judge was too high. I think that it was.

[79] Reste enfin la question de savoir si le pourcentage du profit différentiel appliqué par le juge était trop élevé. Je crois qu'il l'était.

[80] The Judge found the differential was 31 percent based on a chart prepared by Monsanto, which advertised a profit differential of 18 percent.

[80] Le juge a conclu que le différentiel était de 31 p. 100 en se fondant sur un tableau élaboré par Monsanto, qui fait état dans sa publicité d'un profit différentiel de 18 p. 100.

[81] Interpreting the figures on the chart prepared by Monsanto in light of Mr. Rivett's admission that he did not pay for the RR seeds because he inherited them, the Judge found the differential profit to be 31 percent.

[81] Si l'on interprète les chiffres du tableau élaboré par Monsanto à la lumière de l'admission de M. Rivett selon laquelle il n'a pas payé pour les semences RR parce qu'il en avait héritées, le juge a estimé le profit différentiel à 31 p. 100.

[82] In its relevant parts, the chart reads as follows:

[82] Voici les parties pertinentes du tableau :

	Roundup Ready bulk	Conventional Bin run		Semences Roundup Ready mises en vrac	Semences tout-venant conventionnelles
Yield (bu)	39.0	32.9	Rendement (boisseau)	39,0	32,9
Price per bushel	\$8.75	\$8.75	Prix par boisseau	8,75 \$	8,75 \$
Total Revenue	\$341.25	\$287.88	Recettes totales	341,25 \$	287,88 \$
Seed	\$51.32	\$18.46	Semences	51,32 \$	18,46 \$
Weed Control			Désherbage		
1st application (preplant burndown)	\$14.69	\$14.69	1 <sup>re</sup> application (application de contact avant semilles)	14,69 \$	14,69 \$
2nd application	\$9.79	\$37.23	2 <sup>e</sup> application	9,79 \$	37,23 \$
Total Seed and Weed Control	\$75.79	\$70.38	Total — Semences et désherbage	75,79 \$	70,38 \$
<b>Return toward profit/other</b>	<b>\$265.46</b>	<b>\$217.50</b>	<b>Ratio rendement- bénéfice/autre</b>	<b>265,46 \$</b>	<b>217,50 \$</b>

[83] Monsanto's chart is aimed at showing the greater value that RR soybeans can bring to a farming operation.

[83] Le tableau de Monsanto vise à montrer que l'utilisation de fèves de soja RR peut se traduire par une

It advertises a potential advantage of over \$40 per acre. Even though the seeds are more expensive (\$51.32 compared to \$18.46), the yield is so much better (39 bushels compared to 32.9 bushels) and the total weed control costs are so much less (\$24.48 compared to \$51.92), that the expected net profit increases from \$217.50 to \$265.46 (a difference of \$47.96, or 18 percent).

[84] The Judge accepted that the chart represents the expected differential profit from using RR soybean seeds over conventional soybean seeds, but in applying the information on the chart to the facts of Mr. Rivett's case, he disallowed \$51.32, representing the cost of RR seeds, as that expense had not been incurred by Mr. Rivett (he had inherited the RR seeds he planted). Adding \$51.32 back to the amount of return toward profit in the RR bulk column, the final result changed from \$265.46 to \$316.78. On that basis, the Judge computed the profit differential between the RR bulk and the conventional bin run as 31 percent.

[85] In my view, it was reasonably open to the Judge to treat Monsanto's chart as the best evidence available to estimate the profit attributable to Monsanto's patent. It is a representation by Monsanto of the incremental profit a hypothetical farmer might expect to derive from planting RR soybean seeds (bought in bulk) instead of conventional soybean seeds. Thus, it represents a benchmark for the differential element in the computation of differential profit.

[86] However, the Judge should have recognized that the chart does not purport to state Mr. Rivett's actual farming costs, or anyone's actual farming costs. Altering the chart to remove the seed cost from one column, as the Judge did, is problematic because it adjusts one element of the chart, and one element only, to reflect Mr. Rivett's actual situation while ignoring the fact that none of the other elements represent his situation either.

augmentation de la valeur des activités d'une entreprise agricole. Il fait état d'un gain potentiel de 40 \$ l'acre. Même si les semences sont plus chères (51,32 \$ plutôt que 18,46 \$), la récolte est bien supérieure (39 boisseaux plutôt que 32,9) et les coûts totaux de la lutte contre les mauvaises herbes sont bien inférieurs (24,48 \$ plutôt que 51,92 \$), de sorte que les profits nets escomptés augmentent de 217,50 \$ à 265,46 \$ (une différence de 47,96 \$ ou de 18 p. 100).

[84] Le juge a reconnu que le tableau faisait état du profit différentiel que l'on peut espérer tirer de l'utilisation des semences de soja RR plutôt que de celle des fèves de soja conventionnelles, mais, en appliquant les renseignements sur le tableau aux faits de l'affaire de M. Rivett, il a exclu 51,32 \$, ce qui représentait le coût des semences RR, car cette dépense n'avait pas été engagée par M. Rivett (il avait hérité des semences RR qu'il a semées). Si l'on ajoute 51,32 \$ au montant du ratio rendement-bénéfice dans la colonne « Semences RR mises en vrac », le résultat final de 265,46 \$ devient 316,78 \$. Sur ce fondement, le juge a calculé que la différence de profit entre les semences RR mises en vrac et les semences tout-venant conventionnelles était de 31 p. 100.

[85] À mon avis, il était raisonnablement loisible au juge de traiter le tableau de Monsanto comme la meilleure preuve disponible pour estimer le profit attribuable au brevet de Monsanto. Monsanto illustre, dans ce tableau, le profit accru qu'un agriculteur hypothétique pourrait espérer tirer de l'utilisation des semences de soja RR (achetées en vrac) plutôt que des semences de soja conventionnelles. Par conséquent, le tableau constitue un point de référence pour l'élément différentiel dans le calcul du profit différentiel.

[86] Cependant, le juge aurait dû reconnaître que le tableau ne vise pas à établir les coûts réels de l'agriculture de M. Rivett, pas plus que les coûts réels de l'agriculture de qui que ce soit. Le fait de modifier le tableau pour enlever les coûts des semences, comme le juge l'a fait, est problématique parce qu'il ne rajuste qu'un seul élément du tableau pour tenir compte de la situation réelle de M. Rivett, mais il ne tient aucunement compte du fait que les autres éléments ne représentent pas non plus sa situation.

[87] According to Monsanto's chart, the advantage to a hypothetical farmer of using the patented invention is the difference between \$265.46 and \$217.50, or 18 percent. I agree with Mr. Rivett that the portion of his profits to be disgorged to Monsanto should follow Monsanto's own and unchallenged evidence and be equal to 18 percent (Rivett's memorandum, at paragraph 53).

[88] This being said, I now turn my attention to the Janssens' file. Of course, whenever issues in common with the Rivett appeal have already been dealt with, I will adopt my previous reasoning and simply refer to the relevant paragraphs of these reasons.

## (2) The *Janssens*' appeal

[89] Lawrence and Ronald Janssens are brothers. They and Alan Kerkhof own a farming business and farm together in an informal arrangement. As mentioned earlier, the infringement, which is fully admitted, relates to two years of cultivation of RR soybeans. Collectively, 50 acres of soybean seeds, saved from a previous year's harvest were planted in 2004 and, using seeds retained from the 2004 yield, 250 acres in 2005.

[90] The issues are:

1. Did the Judge err in refusing cultivation costs for the year 2004?
2. Did the Judge err in refusing to include custom costs and labour in the deductions?
3. Did the Judge err in not allowing Ronald Janssens a deduction for the land costs?
4. Did the Judge err in disallowing deductions of other expenses relating to marketing and interest costs?

[87] Selon le tableau de Monsanto, le bénéfice que peut tirer un agriculteur hypothétique de l'utilisation de l'invention brevetée est la différence entre 265,46 \$ et 217,50 \$, soit une différence de 18 p. 100. Je conviens avec M. Rivett que la partie de ses profits qu'il doit restituer à Monsanto devrait suivre la preuve que Monsanto a elle-même présentée et que personne ne conteste, soit 18 p. 100 (mémoire de Rivett, au paragraphe 53).

[88] Cela dit, j'examinerai maintenant le dossier des Janssens. Bien entendu, lorsque certaines questions auront déjà été traitées dans l'appel de Rivett, j'adopterai mon raisonnement antérieur et je renverrai simplement aux paragraphes pertinents des présents motifs.

## 2) L'appel des *Janssens*

[89] Lawrence et Ronald Janssens sont des frères. Ils sont propriétaires, avec Alan Kerkhof, d'une entreprise agricole et font de l'agriculture ensemble selon un arrangement informel. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la contrefaçon, qui a été pleinement admise, a trait à deux ans de culture de fèves de soja RR. Collectivement, ils ont semé 50 acres de semences de soja en 2004 à partir de la récolte de l'année précédente et, à partir des semences conservées de la récolte de 2004, 250 acres en 2005.

[90] Les questions en litige sont les suivantes :

1. Le juge a-t-il commis une erreur en refusant de reconnaître les coûts de la culture pour l'année 2004?
2. Le juge a-t-il commis une erreur en refusant de tenir compte des coûts associés à des activités précises et à la main-d'oeuvre pour les déductions?
3. Le juge a-t-il commis une erreur en ne permettant pas à Ronald Janssens de déduire les coûts associés à la terre?
4. Le juge a-t-il commis une erreur en ne permettant pas la déduction des autres dépenses ayant trait aux coûts de commercialisation et aux intérêts?



5. Did the Judge err in attributing the profits of Aldy Farms Inc. to Alan Kerkhof personally?

5. Le juge a-t-il commis une erreur en attribuant les profits de Aldy Farms Inc. à Alan Kerkhof personnellement?

6. Was the percentage of the profit differential too high?

6. Le pourcentage du profit différentiel était-il trop élevé?

[91] I am of the view that the Janssens' appeal must fail on all issues, but the sixth one. The evidentiary record amply supports the Judge's findings on issues 1 through 5.

[91] Je suis d'avis que l'appel des Janssens doit échouer relativement à toutes les questions, sauf la sixième. Le dossier de la preuve étaye amplement les conclusions du juge quant aux questions 1 à 5.

(a) *Cultivation costs for the year 2004*

a) *Les coûts des cultures pour l'année 2004*

[92] The Janssens submit that the Judge erred in refusing them any deduction whatsoever for the year 2004. Their best evidence for 2004 was that for the year 2005. Building on the same argument presented by Mr. Rivett, they argue that "the Court has an obligation to make its best estimate" (Janssens' memorandum, at paragraph 50). I accept paragraph 33 of the Judge's amended reasons in *Janssens* as a full answer to that ground of appeal:

[92] Les Janssens soutiennent que le juge a commis une erreur en leur refusant toute déduction quelle qu'elle soit pour l'année 2004. La meilleure preuve qu'ils ont pu présenter pour 2004 était celle de l'année 2005. S'appuyant sur le même argument présenté par M. Rivett, ils soutiennent que [TRADUCTION] « la Cour a l'obligation de procéder à la meilleure estimation » (mémoire de Janssens, au paragraphe 50). J'accepte le paragraphe 33 des motifs modifiés du juge dans la décision *Janssens* comme une réponse complète à ce moyen d'appel :

It was observed by counsel for the defendants that it is obvious that soybeans do not plant, cultivate and harvest themselves, and thus that some expenses must have been incurred in that process. However, the defendants provided no evidence on which the Court, on a principled basis, could find that the 2004 expenses would be of the same order as the 2005 expenses. The 2004 crop was planted in a sharecropping arrangement with a third party who is not before the Court in these proceedings. Accordingly, the Court finds that there is no basis on which to credit the defendants with any expenses against the gross revenue received from the 2004 crop.

L'avocat des défendeurs a fait remarquer qu'il est évident que le soja ne se sème pas, ne se cultive pas et ne se récolte pas de lui-même et que, par conséquent, certaines dépenses doivent avoir été engagées à l'égard de ce processus. Les défendeurs n'ont toutefois présenté aucun élément de preuve à l'égard duquel la Cour, de façon motivée, pourrait conclure que les dépenses de 2004 seraient du même ordre que celles de 2005. La récolte de 2004 a été semée selon un régime de métayage avec un tiers qui n'est pas devant la Cour dans la présente instance. En conséquence, la Cour conclut qu'il n'existe aucun fondement en vertu duquel elle peut créditer aux défendeurs des dépenses à l'encontre des recettes brutes tirées de la récolte de 2004.

(b) *Custom costs and labour*

b) *Coûts associés à des activités précises et à la main-d'œuvre*

[93] The same can be said about this ground of appeal. Paragraph 43 of the Judge's amended reasons in *Janssens* is a full answer to this issue:

[93] Il peut en être dit de même de ce moyen d'appel. Le paragraphe 43 des motifs modifiés de la décision *Janssens* répond complètement à ce moyen d'appel :

The difficulty with this submission is that the claimed expenses conflate a variety of separate items, such as fuel costs and labour, which cannot be disentangled on the evidence before the Court. Further, as counsel for the plaintiffs elicited in cross-examination of Mr. Kerkhof, the custom rates relied upon by the defendants to estimate the cost of spraying and trucking, for example, do not account for the fact that the market value of these services is determined by factors such as wage rates, insurance premiums, and licensing costs which the defendants would not have incurred. For this reason the figures provided by the defendants are not reliable and the Court will not allow deductions from gross revenue for any of these expenses. Further, for the Reasons given in *Rivett*, the defendants are not entitled to any deduction for their own labour.

(c) *Land costs of Ronald Janssens*

[94] This ground of appeal stems from paragraph 52 of the Judge's amended reasons in *Janssens* where he held that:

Ronald Janssens is being required to disgorge slightly more profit with respect to the 2005 crop than the other defendants despite the fact that his crop was only half of their crop. This results as he grew the soybean crop on land he owned, rather than rented. Therefore, while the other defendants were credited with the lease costs of the land, he was not. No evidence was led of any similar costs, such as property tax, that Ronald Janssens may have incurred with respect to his land. I have considered whether there is a basis on which the Court should provide some deduction for Ronald Janssens, but have concluded that in the absence of any evidence any deduction by the Court would be arbitrary and could not be said to have been made on a principled basis.

[95] For Ronald Janssens, land involves actual and direct costs, including taxes, insurance, mortgage interest, upkeep, and use-value which could otherwise be spent growing other crops. Such costs are difficult to assess, but are certainly incurred. Given that the Judge accepted evidence with respect to the cost of renting land by the other appellants, Ronald Janssens argues that equity demanded that the Judge use the cost of land rent as a means to determine deductible costs associated with his

Cette prétention soulève des difficultés. En effet, les dépenses alléguées réunissent une variété d'éléments distincts, comme les coûts relatifs à l'essence et à la main-d'œuvre, qui ne peuvent être démêlés, selon la preuve dont la Cour est saisie. De plus, comme les avocats des demandesses l'ont fait dire à M. Kerkhof lors de son contre-interrogatoire, les travaux à forfait sur lesquels s'appuyaient les défendeurs pour estimer les coûts de vaporisation et de camionnage, par exemple, ne tiennent pas compte du fait que la valeur marchande de ces services est déterminée en fonction de facteurs tels que les taux de salaires, les primes d'assurance et les frais de permis que les défendeurs n'auraient pas engagés. Pour cette raison, les chiffres fournis par les défendeurs ne sont pas fiables et la Cour n'accordera aucune déduction des recettes brutes à l'égard de ces dépenses. De plus, pour les motifs fournis dans *Rivett*, les défendeurs n'ont droit à aucune déduction pour leur propre travail.

c) *Les coûts associés à la terre de Ronald Janssens*

[94] Ce moyen d'appel découle du paragraphe 52 des motifs modifiés de la décision *Janssens* où le juge a statué que :

Ronald Janssens est tenu de restituer un montant de profit un peu plus élevé que les autres défendeurs à l'égard de la récolte de 2005, malgré le fait que sa récolte ne représentait que la moitié de la leur. Cela est dû au fait qu'il a cultivé la récolte de soja sur une terre qui lui appartenait, plutôt que sur une terre louée. En conséquence, alors que les autres défendeurs se sont vus créditer le loyer foncier, cela n'a pas été le cas pour lui. Aucun autre élément de preuve n'a été présenté concernant des coûts semblables, telles les taxes foncières, que Ronald Janssens aurait pu engager à l'égard de sa terre. J'ai examiné la question de savoir s'il existe un fondement selon [lequel] la Cour devrait prévoir une déduction pour Ronald Janssens, mais j'ai conclu qu'en l'absence de preuve, une déduction accordée par la Cour serait arbitraire et il ne serait pas possible de dire qu'elle a été accordée de façon motivée.

[95] Pour Ronald Janssens, la terre comporte des coûts réels et directs, notamment des impôts, des assurances, des intérêts hypothécaires, des frais d'entretien et une valeur d'usage, qui seraient autrement engagés pour d'autres cultures. De tels coûts sont difficiles à évaluer, mais ils ont certainement été engagés. Comme le juge a accepté la preuve relative aux coûts de la location de la terre par les autres appelants, Ronald Janssens soutient que l'équité exigeait que le juge se serve du loyer de la

own land (Janssens' memorandum, at paragraph 57).

[96] Frankly, I fail to see the difficulty in proving or assessing land costs in the present context. It is Mr. Janssens who did not meet his burden of proof, not the Judge who failed at his task. Moreover, there is no basis to assume that Mr. Janssens' land costs approximated his partners' rental costs. In the absence of evidence, the Judge did not err in refusing to allow such a deduction.

(d) *Marketing and interest costs*

[97] The Janssens argue at paragraphs 73 to 77 of their memorandum of fact and law that the Judge erred by not allowing a deduction for marketing costs and interest on loans for input costs. According to Mr. Kerkhof's testimony, these costs would have been "approximately \$1,000 in 2004, and \$5,000 in 2005, or an average of approximately \$20 per acre" (Janssens' memorandum of fact and law, at paragraph 75). The transcripts show that these figures were conceded to be estimated costs only, which included miscellaneous expenses. Cross-examined on the issue, Mr. Kerkhof answered as follows:

Q. Your interest in marketing costs that you spoke to?

A. Yes.

Q. You don't have any documentation to back that up?

A. No, I don't.

Q. You said those figures are including accounting, household and office?

A. Right.

Q. And those expenses you would incur regardless of whatever crops are in your field?

A. That's right.

[98] On that evidence, the Judge was certainly entitled to find that the figures provided were "unreliable" (see paragraph 43 of Judge's amended reasons in *Janssens* cited above at paragraph 93).

terre pour déterminer les coûts déductibles associés à sa propre terre (mémoire de Janssens, au paragraphe 57).

[96] Franchement, je ne vois pas quelle difficulté pose la démonstration ou l'évaluation des coûts associés à la terre dans le présent contexte. C'est M. Janssens qui ne s'est pas acquitté de son fardeau de preuve, et non le juge qui a failli à sa tâche. De plus, il n'y a pas de raison de supposer que les coûts de la terre de M. Janssens avoisinaient les coûts de location de ses partenaires. En l'absence de preuve, le juge n'a pas commis d'erreur en refusant la déduction.

d) *La commercialisation et les coûts des intérêts*

[97] Les Janssens soutiennent aux paragraphes 73 à 77 de leur mémoire des faits et du droit que le juge a commis une erreur en ne permettant pas la déduction des coûts de commercialisation et des intérêts sur les prêts relativement aux coûts des intrants. Selon le témoignage de M. Kerkhof, ces coûts se seraient élevés à [TRADUCTION] « environ 1 000 \$ en 2004 et 5 000 \$ en 2005, pour une moyenne d'environ 20 \$ l'acre » (mémoire des faits et du droit des Janssens, au paragraphe 75). Les transcriptions montrent qu'il a été concédé que ces chiffres n'étaient que des estimations de coûts, qui comprenaient diverses dépenses. Contre-interrogé sur cette question, M. Kerkhof a répondu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. Vos intérêts relatifs aux coûts de commercialisation dont vous parlez?

R. Oui.

Q. Vous n'avez aucune documentation pour étayer cela?

R. Non, je n'en ai pas.

Q. Vous avez dit que ces chiffres comprennent la comptabilité, le ménage et le bureau?

R. C'est exact.

Q. Et ces dépenses, vous les engageriez quelle que soit la récolte dans vos champs?

R. C'est exact.

[98] En ce qui concerne ce témoignage, le juge était certainement fondé à conclure que les chiffres fournis n'étaient « pas fiables » (voir le paragraphe 43 des motifs modifiés du juge dans la décision *Janssens* reproduits au paragraphe 93 des présents motifs).

(e) *Mr. Kerkhof and Aldy Farms Inc.*

[99] To avoid disgorging profits, Mr. Kerkhof submits that all farming activity done or managed by him was done on behalf of his company Aldy Farms Inc. As a result, Aldy Farms earned the profit from the 120 acres of infringing crop grown in 2004 and 2005, not him.

[100] The record does not support that statement. Firstly, Mr. Kerkhof's statement of defence simply does not mention Aldy Farms. Secondly, Mr. Kerkhof, who was represented by counsel throughout the proceedings, admits to the infringement in his personal capacity and agrees to disgorge profits. Thirdly, no evidence was provided that suggested Aldy Farms was the recipient of the revenues and of Mr. Kerkhof's services. The only reference to that entity was during his examination-in-chief. Finally, the agreed statement of facts is to the effect that Mr. Kerkhof planted, harvested and sold the seeds in his personal capacity.

[101] Thus, I agree with Monsanto, that there was no basis for the Judge to take into account the alleged involvement of Aldy Farms Inc. in the infringing activities of Mr. Kerkhof.

(f) *Percentage of the profit differential: 31 percent versus 18 percent*

[102] For the reasons given above at paragraph 79 and following, I would allow that ground of appeal.

### Conclusions

#### *Monsanto's cross-appeals*

[103] Monsanto's cross-appeals should be dismissed.

*The appeals of Mr. Rivett (A-314-09); and of Messrs. Janssens and Kerkhof (A-315-09)*

[104] I propose to allow the appeals, in part.

e) *M. Kerkhof et Aldy Farms Inc.*

[99] Pour éviter de restituer des profits, M. Kerkhof fait valoir que toutes les activités agricoles faites ou gérées par lui l'ont été pour le compte de son entreprise Aldy Farms Inc. En conséquence, c'est Aldy Farms, et non lui-même, qui a réalisé les profits provenant des récoltes contrefaisantes cultivées en 2004 et 2005.

[100] Le dossier n'étaye pas ce moyen de défense. Premièrement, le mémoire de défense de M. Kerkhof ne mentionne tout simplement pas Aldy Farms. Deuxièmement, M. Kerkhof, qui s'est fait représenter par un avocat tout au long des procédures, admet, à titre personnel, la contrefaçon et convient de restituer les profits. Troisièmement, aucune preuve n'a été présentée pour démontrer que Aldy Farms était la bénéficiaire des revenus et des services de M. Kerkhof. La seule mention de cette entité a été faite lors de l'interrogatoire principal. Enfin, l'exposé conjoint des faits révèle que M. Kerkhof a semé, récolté et vendu les semences à titre personnel.

[101] Par conséquent, je conviens avec Monsanto qu'il n'y a pas de raison que le juge prenne en compte la prétendue participation d'Aldy Farms Inc. dans les activités de contrefaçon de M. Kerkhof.

f) *Pourcentage du profit différentiel : 31 p. 100 ou 18 p. 100*

[102] Pour les motifs exposés précédemment aux paragraphes 79 et suivants, j'accueillerais ce motif d'appel.

### Conclusions

#### *Les appels incidents de Monsanto*

[103] Les appels incidents de Monsanto devraient être rejetés.

*Les appels de M. Rivett (A-314-09) et de MM. Janssens et Kerkhof (A-315-09)*

[104] Je propose d'accueillir en partie les appels.

[105] The Federal Court Judge set the specific amounts of money to be paid by the appellants to Monsanto. These amounts concerned (a) the profits to be disgorged (b) the pre-judgment interest calculated in accordance with subsection 36(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 36] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (c) post-judgment interest calculated in accordance with subsection 37(1) [as am. *idem*, s. 37] of the same Act and (d) the costs, including post-judgment interest on these costs.

[106] As a result of my conclusion in the within appeals, these specific amounts will require re-calculation. It is hoped that with the guidance of these reasons, the parties will come to an agreement as to the new amounts replacing those appearing at paragraphs 1 through 4 of the Federal Court's judgment in file A-314-09 and in paragraphs 2 through 17 in file A-315-09.

[107] If they agree and wish for orders giving effect to these new amounts, the parties may prepare for endorsement draft orders implementing the Court's conclusions.

[108] If they disagree, any party may bring a motion for supplementary judgment in accordance with rule 369 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

[109] A copy of these reasons will be filed with the Registry for each appeal.

*Costs: appeals and cross-appeals*

[110] In view of the divided success, I would allow no costs on the appeals or cross-appeals.

SHARLOW J.A.: I agree.

DAWSON J.A.: I agree.

[105] Le juge de la Cour fédérale a établi les montants précis que les appelants doivent verser à Monsanto. Ces montants se rapportent a) aux bénéfices ou profits qui doivent être restitués; b) aux intérêts avant jugement calculés conformément au paragraphe 36(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 36] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]; c) aux intérêts après jugement calculés conformément au paragraphe 37(1) [mod., *idem*, art. 37] de la même Loi; d) aux dépens, comprenant les intérêts après jugement sur ces dépens.

[106] Étant donné ma conclusion relativement aux présents appels, ces montants précis devront être recalculés. La Cour espère que, grâce aux indications données dans les présents motifs, les parties en viendront à une entente sur les nouveaux montants qui remplaceront ceux apparaissant aux paragraphes 1 à 4 inclusivement du jugement de la Cour fédérale dans le dossier A-314-09 et aux paragraphes 2 à 17 inclusivement dans le dossier A-315-09.

[107] Si elles parviennent à une entente et souhaitent que des ordonnances soient rendues pour donner effet à ces nouveaux montants, les parties pourront rédiger un projet d'ordonnance donnant effet à la décision de la Cour.

[108] Si elles ne parviennent pas à une entente, l'une ou l'autre partie peut présenter une requête en jugement supplémentaire conformément à la règle 369 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[109] Une copie des présents motifs sera déposée au greffe pour chaque appel.

*Dépens : appels et appels incidents*

[110] Comme chacune des parties obtient en partie gain de cause, je n'adjugerais pas de dépens relativement aux appels ou aux appels incidents.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.