

Cour fédérale



Federal Court

**Date : 20190501**

**Dossier : T-40-18**

**Référence : 2019 CF 559**

[TRADUCTION FRANÇAISE CERTIFIÉE, NON RÉVISÉE]

**Ottawa (Ontario), le 1<sup>er</sup> mai 2019**

**En présence de monsieur le juge Phelan**

**ENTRE :**

**PAID SEARCH ENGINE TOOLS, LLC**

**demanderesse**

**et**

**GOOGLE CANADA CORPORATION,  
GOOGLE LLC et ALPHABET INC.**

**défenderesses**

### **ORDONNANCE ET MOTIFS**

#### **I. Introduction**

[1] La Cour est saisie d'une requête visant l'obtention d'une « ordonnance conservatoire » sur les conditions énoncées dans un projet d'ordonnance et d'une prorogation du délai pour l'échange d'affidavits de documents. La demanderesse s'oppose à la requête en ce qui concerne l'ordonnance conservatoire sollicitée, mais pas en ce qui concerne la prorogation de délai.

[2] Contrairement à certaines des affaires récentes portant sur des ordonnances conservatoires, la requête contestée en l'espèce démontre la raison d'être de telles ordonnances.

[3] Pour les motifs qui suivent, la requête est accueillie en partie. L'exigence de base relative à la délivrance d'une ordonnance conservatoire a été établie, mais certaines conditions de l'ordonnance conservatoire proposée posent problème.

## II. Contexte

[4] L'instance sous-jacente est une action en contrefaçon de brevet dans laquelle la demanderesse [PSET] allègue que les défenderesses [Google] ont violé cinquante-neuf (59) des quatre-vingt-neuf (89) revendications du brevet 167.

[5] Les défenderesses ont nié la contrefaçon de brevet et soutenu que le brevet 167 était invalide. Les actes de procédure sont clos.

[6] La procédure en est à l'étape de la production des affidavits de documents. L'échange des affidavits et des documents est suspendu en attendant que soit tranchée la présente requête.

[7] Pendant plusieurs mois, de nombreux échanges ont eu lieu entre les parties quant à la méthode de divulgation et au contrôle de l'utilisation des renseignements commerciaux hautement confidentiels en cause.

[8] Il semble à ce stade que la majeure partie des renseignements hautement confidentiels et de nature sensible appartiennent à Google.

[9] Google a essentiellement proposé une ordonnance conservatoire [l'ordonnance conservatoire] semblable à l'ordonnance conservatoire convenue par les parties et rendue par la Cour fédérale des États-Unis à l'égard d'une action parallèle liée au brevet américain correspondant au brevet canadien 167.

[10] Malgré des négociations et des modifications mineures, les parties ne sont pas parvenues à une entente en ce qui concerne le litige canadien. PSET se contente de s'appuyer sur l'engagement implicite voulant que les documents échangés dans le cadre d'un litige ne soient utilisés qu'aux fins du litige. Subsidiairement, elle a proposé un régime de confidentialité « modeste ».

[11] Ce qui est en cause en l'espèce, au risque de simplifier à outrance, c'est le processus de Google consistant à placer des publicités en périphérie des résultats des pages de recherche de Google et des pages des partenaires de Google. Par l'intermédiaire d'un processus électronique, de l'espace publicitaire est proposé, accepté et inséré en une fraction de seconde. Les publicités apparaissent ensuite sur la page de recherche de Google.

[12] Google craint que PSET ne soit une « entité spécialisée dans l'acquisition de brevets » ou « chasseuse de brevets », euphémismes de l'expression « troll de brevets ». Elle est également préoccupée par le fait que certains des dirigeants de PSET conseillent et aident des tiers à

« contourner » (cette description est de moi) la méthode employée par Google pour proposer et accepter des publicités à insérer sur les résultats des pages de Google Search.

[13] Quoi qu'il en soit, bien que PSET ne soit pas une concurrente directe de Google, Google la considère comme une concurrente indirecte ou une entité préjudiciable sur le plan commercial qui bénéficierait directement ou indirectement d'un accès à ce que Google prétend être des renseignements commerciaux hautement confidentiels sensibles qu'elle a toujours traités comme confidentiels.

[14] Les préoccupations *légitimes* de Google sont essentiellement exposées dans l'affidavit de Christopher Monkman [l'affidavit de M. Monkman], chef de produits de groupe chez Google LLC. L'objet de l'affidavit est bien expliqué au paragraphe 4 de celui-ci :

[TRADUCTION] Je fournis le présent affidavit pour décrire la nature extraordinairement sensible et précieuse de l'information concernant les pratiques commerciales confidentielles de Google, ainsi que le fonctionnement général des systèmes de recherche et de publicité de Google, notamment la façon dont les systèmes déterminent quelles publicités seront affichées et la façon dont Google établit les coûts pour les annonceurs, de même que le risque potentiel que ce type d'information soit partagé publiquement, notamment avec des annonceurs et des concurrents de Google.

[15] PSET n'a pas fourni de contre-preuve ni sérieusement contesté au moyen d'éléments de preuve les préoccupations exprimées par Google. PSET affirme que l'engagement implicite constitue une protection suffisante pour l'échange de renseignements confidentiels à la présente étape de l'instance.

[16] La Cour est saisie des questions suivantes : Quels sont les fondements de la délivrance d'une ordonnance conservatoire? Une ordonnance conservatoire devrait-elle être rendue en l'espèce? Est-ce l'ordonnance de conservatoire proposée, ou une version modifiée de celle-ci, qui devrait être rendue?

### III. Analyse

#### A. *Compétence*

[17] Le pouvoir de la Cour de rendre une ordonnance conservatoire découle des articles 3 et 4 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/96-106 [les *Règles des Cours fédérales*], et non de l'article 151 des *Règles des Cours fédérales* (les ordonnances de confidentialité) ni de l'analyse des ordonnances de confidentialité dont il est question dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 RCS 522 [l'arrêt *Sierra Club*]. La Cour suprême du Canada a renvoyé aux ordonnances conservatoires dans cet arrêt dans une remarque incidente.

#### **Principe général**

**3** Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

#### **Cas non prévus**

**4** En cas de silence des présentes règles ou des lois fédérales, la Cour peut, sur requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les présentes

#### **General Principle**

**3** These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.

#### **Matters not provided for**

**4** On motion, the Court may provide for any procedural matter not provided for in these Rules or in an Act of Parliament by analogy to these Rules or by reference to the

règles ou par renvoi à la pratique de la cour supérieure de la province qui est la plus pertinente en l'espèce.

practice of the superior court of the province to which the subject-matter of the proceeding most closely relates.

[18] La question des ordonnances conservatoires se pose dans le contexte de la divulgation entre les parties et à l'extérieur du cadre du processus de la publicité des débats judiciaires. À moins que les documents ne soient déposés devant la Cour, le public n'a pas accès aux documents produits ni aux interrogatoires préalables oraux, ni n'a le droit d'y avoir accès.

[19] L'expression « ordonnance conservatoire » fait référence à la façon dont les parties désignent et traitent les renseignements confidentiels qu'elles s'échangent au cours de la phase préparatoire à l'instruction de l'action.

[20] En revanche, une ordonnance de confidentialité intervient lorsque des documents doivent être déposés à la Cour, comme le prévoit clairement le paragraphe 151(1) des *Règles des Cours fédérales* :

**Requête en confidentialité**

**151 (1)** La Cour peut, sur requête, ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.

**Circonstances justifiant la confidentialité**

**(2)** Avant de rendre une ordonnance en application du

**Motion for order of confidentiality**

**151 (1)** On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

**Demonstrated need for confidentiality**

**(2)** Before making an order under subsection (1), the Court

paragraphe (1), la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.	must be satisfied that the material should be treated as confidential, notwithstanding the public interest in open and accessible court proceedings.
--	--

[21] Malgré les observations des avocats faisant valoir que l'analyse de la question de l'ordonnance de confidentialité de l'arrêt *Sierra Club* présente le critère approprié relativement à la délivrance d'une ordonnance conservatoire et, avec tous les égards dus à ceux qui ont exprimé un point de vue semblable dans notre Cour, j'estime qu'il existe une distinction importante entre les ordonnances conservatoires et les ordonnances de confidentialité.

[22] Le critère relatif à la délivrance d'une ordonnance de confidentialité visée à l'article 151 des *Règles des Cours fédérales* a été énoncé au paragraphe 53 de l'arrêt *Sierra Club* :

[...] Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

[23] Même si la Cour s'est appuyée sur l'arrêt *Sierra Club* pour trancher la question de savoir si une ordonnance conservatoire devrait être délivrée dans la décision *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c BNSF Railway Company*, 2019 CF 281, paragraphe 54,

303 ACWS (3d) 387, elle a reconnu que les « effets préjudiciables pour le public » examinés dans le deuxième volet du critère de l'arrêt *Sierra Club* ne sont pas pertinents pour les ordonnances conservatoires :

[54] Cela étant, je ne juge pas nécessaire de me pencher sur le deuxième volet du critère énoncé dans *Sierra Club*, lequel met en balance les effets bénéfiques et préjudiciables de la décision faisant droit à l'ordonnance demandée. Toutefois, je suis d'avis que, dans le contexte d'une ordonnance conservatoire (qui ne porte pas sur les documents déposés auprès de la Cour), ce volet du critère ne poserait vraisemblablement pas problème puisque l'ordonnance conservatoire ne porte pas atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires.

[24] Comme le prévoit l'ordonnance conservatoire proposée, lorsque des documents confidentiels doivent être présentés à la Cour, notamment dans le cadre d'une requête, les parties doivent demander une ordonnance supplémentaire à la Cour en vertu de l'article 151 des *Règles des Cours fédérales*.

[25] On a soutenu qu'une décision récente de la Cour fédérale a rendu plus difficile l'obtention d'ordonnances conservatoires en assimilant le critère des ordonnances conservatoires à celui des ordonnances de confidentialité. Cette décision a évalué de façon générale les ordonnances conservatoires dans le contexte d'une entente entre les parties sur la façon dont les documents doivent être traités, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il existe un désaccord important en l'espèce entre les parties sur la question de savoir si une ordonnance conservatoire est nécessaire et, le cas échéant, sur les conditions que devrait prévoir ladite ordonnance.

[26] Dans la décision *Seedlings Life Science Ventures LLC c Pfizer Canada Inc.*, 2018 CF 443, paragraphe 8, 292 ACWS (3d) 391, inf. par 2018 CF 956, la protonotaire a

souligné que bien que la distinction entre une ordonnance conservatoire et une ordonnance de confidentialité ne soit apparue que dernièrement dans la jurisprudence de la Cour fédérale, il existe bel et bien une distinction reconnue entre les deux types d'ordonnances à l'heure actuelle.

[27] La distinction entre les deux types d'ordonnances était confuse dans les affaires antérieures en raison de la délivrance d'ordonnances hybrides qui traitaient d'éléments concernant le contrôle des documents dans le cadre du processus d'enquête préalable et d'éléments concernant le dépôt de documents sous scellés à la Cour. Toutefois, dans ces affaires antérieures, les tribunaux ont toujours établi une distinction entre les considérations relatives à la divulgation de documents avant le procès et le dépôt de renseignements confidentiels à la Cour.

[28] La Cour a reconnu, en particulier dans la décision *Apotex Inc c Wellcome Foundation Ltd* (1993), 51 CPR (3d) 305, paragraphe 311, [1993] ACF n° 1119 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) [la décision *Apotex*], qu'à la phase précédant l'instruction, il suffisait de démontrer que l'on croyait que les droits exclusifs, commerciaux et scientifiques d'une partie seraient gravement compromis par la production de renseignements sur lesquels ces droits seraient fondés. La Cour a ensuite reconnu que lorsqu'elle est saisie d'une affaire, le principe de la publicité des débats judiciaires pourrait modifier le régime de confidentialité.

[29] La Cour a favorisé la délivrance d'une ordonnance fondée sur trois considérations, également présentes dans la présente requête :

1. Les conditions correspondent à celles d'une ordonnance semblable rendue dans le cadre d'une action intentée en parallèle.

2. Les conditions de l'ordonnance permettent à l'autre partie de s'opposer à la classification de certains renseignements comme confidentiels, ce qui conférerait en dernier ressort à la Cour le contrôle de la classification et de la divulgation entre les parties.
3. La pratique de la Cour consiste à rendre des ordonnances conservatoires lorsqu'une partie croit de bonne foi que la divulgation publique des renseignements, en particulier lors de l'étape préalable au procès, pourrait nuire gravement à ses droits commerciaux, professionnels ou scientifiques.

[30] Ces trois facteurs ont par la suite été adoptés par la Cour lorsqu'elle a examiné la délivrance d'ordonnances de consultation restreinte aux avocats (voir par exemple la décision *Merck & Co. Inc. c Apotex Inc.*, 2004 CF 567, paragraphe 8, 130 ACWS (3d) 487, et la décision *Lundbeck Canada Inc. c Canada (Santé)*, 2007 CF 412, paragraphes 14 à 16, 157 ACWS (3d) 161).

[31] La décision *Apotex* a été suivie par la décision *AB Hassle c Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 83 CPR (3d) 428, 1998 CarswellNat 2520 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par [2000] 3 CF 360 (C.A.) [la décision *AB Hassle*], où la Cour était saisie d'une contestation de la désignation de renseignements comme confidentiels aux termes d'une ordonnance hybride. La Cour a adopté un critère à deux volets. Le premier volet intégrait la croyance subjective de bonne foi dont il a été question dans la décision *Apotex* et le deuxième volet indiquait qu'en cas de contestation de la classification, la partie qui demande la

confidentialité doit faire la preuve, de façon objective, de la nécessité de la confidentialité – critère relatif au préjudice.

[32] Dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale confirmant la décision de première instance *AB Hassle*, la Cour a reconnu l'absence du principe de la publicité des débats judiciaires à cette étape du litige. Au paragraphe 7, la Cour a conclu que « [l']intérêt public de connaître précisément le procédé de fabrication de médicaments est minime, s'il existe, et on ne peut sérieusement affirmer que la délivrance d'ordonnances de non-divulgence comme celles qui sont en litige dans une instance relative à un avis de conformité met en danger le principe de la transparence de la justice ». La Cour a également déclaré au paragraphe 9 que les ordonnances conservatoires rendues avant présentation de la preuve « sont nécessairement rédigées en termes généraux ».

[33] Dans la décision *Levi Strauss & Co. c Era Clothing Inc./ Vêtements Era Inc.*, (1999), 1 CPR (4th) 513, paragraphes 17 et 26 à 28, 172 FTR 248 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), alors qu'elle examinait une ordonnance hybride en vertu de l'article 151 des *Règles des Cours fédérales*, la Cour a souligné que l'article 151 des *Règles des Cours fédérales* ne s'applique qu'aux « documents ou éléments matériels qui seront déposés ». L'article 151 des *Règles des Cours fédérales* et le principe de la publicité des débats judiciaires ne visent pas les documents qui n'ont pas été déposés à la Cour.

[34] La décision a confirmé deux processus différents, l'un ayant trait aux ordonnances conservatoires et l'autre ayant trait aux ordonnances de confidentialité, le premier étant fondé sur

la croyance de bonne foi que la divulgation de renseignements avant le procès et hors de l'enceinte de la Cour causera un préjudice.

[35] Dans la décision *Sierra Club* subséquente en instance (*Sierra Club du Canada c Canada (Ministre des Finances)* (1999), [2000] 2 CF 400, 92 ACWS (3d) 758 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)), le juge Pelletier a appliqué le critère de la décision *AB Hassle* à une ordonnance de confidentialité en vertu de l'article 151 des *Règles des Cours fédérales*, en déclarant que les ordonnances conservatoires correspondent essentiellement à des ordonnances de confidentialité. Il était important que la partie cherche à déposer volontairement ses propres documents confidentiels et ne soit pas forcée de divulguer des documents confidentiels dans le cadre de la production obligatoire de documents et de l'enquête préalable. Le juge Pelletier a en outre ajouté au critère énoncé dans la décision *AB Hassle* l'examen du préjudice pouvant être causé à l'intérêt du public étant donné que l'affaire mettait en cause le droit public. Le juge Pelletier a refusé de rendre l'ordonnance de confidentialité.

[36] Au paragraphe 53 de l'arrêt *Sierra Club*, la Cour suprême du Canada a rendu une ordonnance de confidentialité en vertu de l'article 151 des *Règles des Cours fédérales* pour les motifs suivants :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

[37] Le critère de l'arrêt *Sierra Club* était fondé sur les principes de common law en matière d'interdiction de publication dans le contexte criminel et sur la prise en compte du droit à la liberté d'expression. Il était axé sur le principe fondamental selon lequel les instances judiciaires devraient être aussi ouvertes que possible.

[38] La Cour suprême a reconnu qu'il existait une différence entre les ordonnances conservatoires et les ordonnances de confidentialité. Elle a admis que le critère énoncé dans la décision *AB Hassle* peut être utilisé à la fois pour les ordonnances conservatoires et les ordonnances de confidentialité pour déterminer s'il y avait un risque pour des intérêts commerciaux importants. Toutefois, en ce qui concerne les ordonnances de confidentialité, la partie doit également démontrer qu'il n'existe pas de mesures de rechange raisonnables et que l'ordonnance de confidentialité ne nuit pas de façon disproportionnée à l'intérêt public en vertu du principe de la publicité des débats judiciaires.

[39] Au paragraphe 60 de l'arrêt *Sierra Club*, la Cour suprême a traité du critère relatif aux ordonnances conservatoires :

60 Le juge Pelletier souligne que l'ordonnance sollicitée en l'espèce s'apparente à une ordonnance conservatoire en matière de brevets. Pour l'obtenir, le requérant doit démontrer que les renseignements en question ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, il est raisonnable de penser que leur divulgation risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques : *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. n° 1850 (QL) (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), par. 29-30. J'ajouterais à cela l'exigence proposée par le juge Robertson que les renseignements soient « de nature confidentielle » en ce qu'ils ont été « recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteront confidentiels », par opposition à « des

faits qu'une partie à un litige voudrait garder confidentiels en obtenant le huis clos » (par. 14).

[40] Plutôt que de fusionner les principes régissant les ordonnances de confidentialité et ceux régissant les ordonnances conservatoires, la Cour suprême a établi une distinction entre les ordonnances conservatoires rendues en vertu de la décision *AB Hassle* et les ordonnances de confidentialité rendues en vertu de l'arrêt *Sierra Club* en établissant un critère plus exigeant auquel on satisfait en démontrant 1) qu'il n'existe pas d'autres options raisonnables et 2) que les effets bénéfiques de l'ordonnance l'emportent sur ses effets préjudiciables, notamment sur l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

[41] Dans le cadre de récentes décisions de notre Cour concernant les ordonnances conservatoires consensuelles, des questions ont été soulevées au sujet de la nécessité de telles ordonnances, des coûts qu'elles entraînent, des inconvénients qu'elles occasionnent à la Cour, des abus potentiels pouvant en découler ainsi que d'autres problèmes susceptibles d'être liés à ces ordonnances. Comme l'affaire dont je suis saisi est contestée, certains des problèmes énumérés ci-dessus, notamment les inconvénients, ne sont pas pertinents. L'affirmation selon laquelle il n'a jamais existé de critère pour les ordonnances conservatoires a été clarifiée dans l'analyse qui précède, en particulier par la remarque incidente de la Cour suprême.

[42] À mon avis, la compétence de la Cour en matière de délivrance d'ordonnances conservatoires repose sur les articles 3 et 4 des *Règles des Cours fédérales* et sur les décisions qui en ont découlé. L'arrêt *Sierra Club* donne des directives sur le critère relatif à la délivrance

des ordonnances conservatoires, mais établit un critère au paragraphe 53 qui vise uniquement les ordonnances de confidentialité.

[43] Le critère relatif à la délivrance des ordonnances conservatoires peut se résumer à s'assurer :

- que les renseignements en question ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels;
- que les renseignements sont de nature confidentielle;
- qu'il existe une probabilité raisonnable que la divulgation des renseignements nuise aux droits exclusifs, commerciaux et scientifiques d'une partie.

[44] Ce critère correspond essentiellement à celui énoncé dans la décision *AB Hassle*, bien que les éléments subjectifs et objectifs du critère soient tous deux nécessaires pour la délivrance de l'ordonnance conservatoire. C'est en ces termes que la Cour suprême a décrit le critère dans l'arrêt *Sierra Club* et c'est de cette façon dont il a été appliqué dans la décision *Rivard Instruments, Inc. c Ideal Instruments Inc.*, 2006 CF 1338, paragraphe 26, 153 ACWS (3d) 818.

[45] Comme c'est le cas pour toute requête en ordonnance, le requérant doit démontrer la nécessité de l'ordonnance. La fonction des tribunaux ne consiste pas à approuver d'office les requêtes, mais, par souci d'adhérence à un processus judiciaire moderne, les tribunaux devraient aider les parties à faire avancer un dossier de façon raisonnablement rapide et efficace en tenant compte de ce que les parties considèrent comme la meilleure façon d'atteindre ces objectifs. Dans la mesure où le critère juridique concernant la délivrance des ordonnances de

confidentialité est respecté, il n'y a aucune raison de ne pas rendre l'ordonnance sollicitée, que ce soit ou non avec le consentement des parties. Il serait bizarre que les parties puissent obtenir une ordonnance lorsqu'elles ne sont pas d'accord et qu'elles ne puissent pas obtenir une ordonnance lorsqu'elles sont d'accord.

B. *Engagement implicite par opposition à ordonnance conservatoire*

[46] Selon la thèse de la demanderesse, aucune ordonnance conservatoire n'est nécessaire parce que l'engagement implicite répond adéquatement aux préoccupations de Google. La question est présentée comme un choix entre l'une ou l'autre des options, comme si l'engagement implicite et l'ordonnance conservatoire étaient mutuellement exclusifs.

[47] La jurisprudence récente a peut-être alimenté dans une certaine mesure cette thèse, bien que la plupart des affaires récentes démontrent que l'engagement implicite s'exécute conjointement avec un accord conservatoire entre les parties.

[48] Il ne fait aucun doute que l'engagement implicite – principe de common law reconnu au Canada – fait partie du droit de notre Cour, bien qu'il ne soit pas codifié dans les *Règles des Cours fédérales*. Dans la décision *Live Face on Web, LLC c Soldan Fence and Metals (2009) Ltd.*, 2017 CF 858 283 ACWS (3d) 821, la protonotaire Tabib a confirmé, au paragraphe 12, que l'engagement implicite est reconnu et enchâssé dans la pratique de notre Cour.

[49] Contrairement aux litiges habituels mettant en cause des événements passés, les litiges dont la Cour fédérale est saisie se rapportent souvent à une situation « en cours » et évoluent en

fonction de la conduite actuelle et future des affaires, qu'ils révèlent. Toutefois, en l'absence d'une autre entente, l'engagement implicite ne suffit pas à protéger complètement les renseignements commerciaux de nature sensible qui ont de la valeur à l'heure actuelle et qui en auront possiblement dans le futur.

[50] L'engagement implicite comporte d'importantes lacunes, particulièrement dans des affaires comme celle qui nous occupe. S'agissant d'une règle de common law non codifiée dans les *Règles des Cours fédérales*, il existe une certaine incertitude quant à sa portée. Il s'agit également d'un principe qui continue d'évoluer et qui peut différer selon le ressort. En imposant l'engagement implicite aux parties, on ne tient pas compte de toutes les conséquences qui peuvent découler de l'utilisation des renseignements à des fins légitimes, notamment par des tiers (comme les témoins et les experts qui ne sont pas des parties) et à l'interne au sein des organisations adverses. En outre, la question de l'exécution et de la capacité de la Cour de contrôler le comportement des parties n'est pas réglée à moins que ces questions ne soient prévues ordonnance.

[51] Compte tenu de ces préoccupations, on se demande pourquoi un avocat prudent abandonnerait le contrôle de renseignements commerciaux de nature sensible risquant d'être divulgués en s'en remettant uniquement à l'engagement implicite.

[52] À mon avis, le seul engagement implicite est insuffisant en l'espèce.

C. *Le rôle de l'ordonnance conservatoire*

[53] Les ordonnances conservatoires servent de complément à l'engagement implicite. Une ordonnance conservatoire bien structurée apporte de la clarté, de la certitude, de la structure et une force exécutoire, choses que l'engagement implicite ne peut pas apporter.

[54] Les ordonnances conservatoires peuvent établir un régime d'accès aux renseignements en réservant cet accès à ceux qui ont absolument besoin de consulter ce type de renseignements ou même en interdisant l'accès aux renseignements à ceux qui pourraient normalement avoir un accès légitime aux renseignements d'une partie adverse. Elles protègent également les destinataires des renseignements contre les conséquences de la divulgation en réglementant la nature, le type et les circonstances de la divulgation. Elles aident à prévenir la divulgation involontaire. Les tribunaux reconnaissent que même avec la bonne foi la plus entière, il peut être impossible pour une personne de supprimer de sa mémoire des renseignements concurrentiels particulièrement précieux (voir p. ex. *Arkipelago Architecture Inc. c Enghouse Systems Limited*, 2018 CAF 192, paragraphe 16, 297 ACWS (3d) 626 [l'arrêt *Arkipelago*]). La divulgation de renseignements au sein de l'organisation d'une partie adverse soulève des questions difficiles ayant trait au fait que les personnes qui s'occupent des activités organisationnelles quotidiennes et stratégiques ont accès à des renseignements commerciaux de nature sensible.

[55] Les ordonnances conservatoires protègent l'intérêt public en empêchant ou en limitant l'accès à l'information de concurrents (comme certains des renseignements en cause en l'espèce) et en maintenant un environnement concurrentiel approprié. Tout comme d'autres ordonnances

semblables, elles sont souvent rendues par le Tribunal de la concurrence pour préserver l'intérêt public qui est mieux servi par une concurrence appropriée.

[56] Aucun préjudice attribuable à la délivrance d'une ordonnance conservatoire n'a été démontré. Les conditions précises de l'ordonnance peuvent être adaptées aux besoins particuliers de chaque affaire.

[57] Les ordonnances conservatoires peuvent être modifiées en fonction des besoins et des circonstances dans les cas où une entente serait impossible. Une ordonnance qui permet de contester la confidentialité alléguée des renseignements ou le niveau de divulgation des renseignements facilite la divulgation de documents et constitue une caractéristique souhaitable reconnue par la Cour suprême.

[58] À mon avis, la délivrance d'ordonnances conservatoires est conforme aux articles 3 et 4 des *Règles des Cours fédérales* et favorise l'évolution vers des procédures judiciaires modernes, efficaces et proportionnées. Elle est avalisée par la Cour suprême et facilite le déroulement ordonné des instances.

[59] On ne doit pas considérer la Cour comme un obstacle au règlement approprié des demandes qui peuvent comporter des ramifications parallèles ou connexes à l'étranger. Certains aspects relatifs à la courtoisie entre tribunaux qui ne peuvent pas toujours être prévus dans le cadre d'ententes entre parties favorisent également l'exécution des ordonnances conservatoires canadiennes.

[60] En l'absence d'une ordonnance conservatoire, l'échange de renseignements de nature sensible représentera une tâche ardue, notamment lorsque, comme en l'espèce, la défenderesse détient la vaste majorité des renseignements commerciaux de nature sensible et a fait l'objet de poursuites l'obligeant à divulguer des renseignements commerciaux de nature sensible.

[61] Comme on l'a indiqué précédemment, l'ordonnance conservatoire proposée est semblable à une ordonnance rendue dans le cadre d'une action parallèle intentée aux États-Unis. Notre Cour doit tenir compte du fait que certains types de demandes font l'objet d'actions devant une pluralité de tribunaux, souvent situés à l'étranger. Dans la mesure où les circonstances le permettent, les tribunaux doivent s'efforcer de trouver une certaine concordance avec d'autres procédures judiciaires ou faire preuve d'une certaine courtoisie internationale, tout en reconnaissant que les autres tribunaux sont assujettis à une procédure et à des lois différentes.

[62] Dans les circonstances actuelles, l'ordonnance américaine confirme qu'une ordonnance conservatoire représente une solution viable et que les parties sont capables se conformer à des conditions semblables et sont disposées à le faire.

[63] Une telle ordonnance conservatoire ne cause aucun préjudice et ses avantages l'emportent sur tout inconvénient découlant de sa délivrance.

[64] Cela dit, certaines conditions de l'ordonnance conservatoire proposée sont problématiques et seront abordées ci-après.

D. *L'ordonnance conservatoire proposée*

[65] Sous réserve des commentaires ci-après, les défenderesses ont satisfait au critère de la décision *AB Hassle* relatif à la délivrance d'ordonnances conservatoires décrit au paragraphe 60 de l'arrêt *Sierra Club*.

[66] Je suis convaincu, d'après la preuve par affidavit des défenderesses, qu'une grande partie de la preuve à divulguer a été traitée comme confidentielle, qu'il s'agit généralement de renseignements exclusifs, commerciaux ou scientifiques, et que leur divulgation pourrait raisonnablement causer un préjudice. Les renseignements qui préoccupent Google, mentionnés dans l'affidavit de M. Monkman, sont de nature commerciale et ont été recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteraient confidentiels.

[67] Les ordonnances de « consultation restreinte aux avocats » (CRA) représentent un type plus restrictif d'ordonnances conservatoires. La délivrance de ce type d'ordonnance exige donc que Google établisse l'existence de « circonstances exceptionnelles » (voir *Bard Peripheral Vascular Inc. c W.L. Gore & Associates, Inc.* 2017 CF 585, paragraphe 15, 280 ACWS (3d) 524 [la décision *Gore*] et l'arrêt *Arkipelago*, paragraphe 11. Le risque causé par la divulgation de renseignements confidentiels désignés CRA doit « menace[r] gravement [l'intérêt en question] » et être « réel et importan[t], en ce qu'il est bien étayé par la preuve » (*Gore*, paragraphe 16). Bien que l'examen des « circonstances exceptionnelles » constitue une analyse contextuelle et souple, la Cour a souvent tenu compte des trois facteurs de la décision *Apotex* pour déterminer s'il y a lieu de rendre une ordonnance de CRA (*Gore*, paragraphe 15).

[68] Le premier facteur énoncé dans la décision *Apotex* milite en faveur de la délivrance d'une ordonnance de CRA, puisque les modalités de l'ordonnance reflètent l'ordonnance conservatoire rendue sur consentement dans l'action américaine parallèle, dans laquelle les deux parties s'opposent pour les mêmes questions ou des questions semblables. Comme, selon la preuve présentée, l'ordonnance américaine a été exécutée efficacement, la préoccupation de la Cour à l'égard de la portée potentielle de la catégorie CRA a pu être atténuée.

[69] Le deuxième facteur énoncé dans la décision *Apotex* milite également en faveur de la délivrance d'une ordonnance de CRA puisque l'ordonnance offre la possibilité de contester la classification confidentielle de certains documents. Les préoccupations au sujet de l'incidence sur la relation avocat-client des ordonnances de CRA sont atténuées par le mécanisme de contestation qui permet aux avocats de contester la désignation des renseignements lorsqu'ils estiment qu'il est nécessaire de les divulguer à leurs clients (arrêt *Arkipelago*, au paragraphe 17).

[70] Quant au troisième facteur, je conclus que Google a démontré que les intérêts commerciaux de Google étaient gravement menacés.

[71] J'estime que l'inclusion de la désignation CRA dans l'ordonnance conservatoire est justifiée.

[72] L'ordonnance conservatoire proposée comporte en outre une disposition relative à

[TRADUCTION] « l'interdiction de poursuite des demandes » :

[TRADUCTION]

**A.** Les personnes qui examinent des documents d'une autre partie portant la désignation RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS ou RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS – CONSULTATION RESTREINTE AUX AVOCATS EXTERNES (ces documents portant également d'office la désignation « interdiction de poursuite des demandes ») doivent s'abstenir, pendant la période commençant lors de la réception de ces renseignements et se terminant trois ans après la fin de l'instance (y compris les appels), d'entreprendre toute « activité liée à une poursuite » (cette expression est définie ci-après).

**B.** Par « activité liée à une poursuite », on entend toute activité liée aux décisions opérationnelles ayant trait à la concurrence à savoir : (i) la préparation ou la poursuite (pour le compte de toute personne physique ou morale) des demandes de brevet relatives à la gestion des soumissions par mot-clé sur moteur de recherche ou aux enchères de référencement payant; ou (ii) le fait de conseiller des clients à ce sujet, notamment en fournissant des conseils sur la rédaction ou en participant à la rédaction des revendications pour toute demande de brevet, sur la demande de redélivrance, sur le réexamen, sur l'examen *inter partes*, sur l'examen consécutif à l'octroi, sur l'examen des pratiques commerciales visées ou sur toute autre procédure engagée devant le U.S. Patent and Trademark Office ou l'Office de la propriété intellectuelle du Canada. Rien dans le présent alinéa ne saurait empêcher un avocat d'envoyer des antériorités non confidentielles à un avocat s'occupant de poursuites de demandes de brevets afin de s'assurer que ces antériorités soient présentées au U.S. Patent and Trademark Office, à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada ou à tout organisme semblable d'un gouvernement étranger dans le but d'aider un déposant d'une demande de brevet à se conformer à son obligation de franchise. Rien dans la présente disposition ne saurait empêcher un avocat inscrit au dossier de discuter avec son client d'un aspect de la présente affaire qui est raisonnablement nécessaire à l'introduction ou à la contestation d'une réclamation ou d'une demande reconventionnelle dans la présente instance. Les parties conviennent expressément que l'interdiction de poursuite des demandes énoncée aux présentes vise uniquement les avocats qui examinent des documents relatifs à l'interdiction de poursuite des demandes et qu'elle ne s'applique pas à d'autres personnes ou aux autres avocats du même cabinet d'avocats. Il est expressément convenu que l'on ne saurait empêcher les avocats qui travaillent sur la présente affaire mais qui n'examinent pas les documents relatifs à l'interdiction de poursuite des demandes de prendre part à des activités liées à une poursuite

sur des questions qui relèvent de l'interdiction de poursuite des demandes.

[73] La demanderesse s'est vigoureusement opposée à cette disposition, la qualifiant d'interdiction déraisonnable de concurrence pour une période de trois ans touchant même les avocats externes.

[74] À cet égard, je fais mien le raisonnement du juge Manson dans la décision *Abbvie Corporation c Samsung Bioepis Co., Ltd.* 2017 CF 675, paragraphe 15, 282 ACWS (3d) 43 :

[15] Bioepis soutient par ailleurs que ses intérêts commerciaux ou scientifiques pourraient être gravement compromis par un mauvais usage, délibéré ou non, de ses renseignements confidentiels, mais elle n'a fourni aucun élément de preuve autorisant à conclure qu'elle a des motifs raisonnables de le croire. Toutes les personnes visées par l'ordonnance de confidentialité ont l'obligation impérieuse de ne pas divulguer ou utiliser de quelque autre manière les renseignements confidentiels provenant de la présente action à des fins autres que celles de ce litige. Par conséquent, il ne serait pas raisonnable que la Cour conclue qu'il y a lieu d'accorder l'interdiction de poursuite des demandes proposée, en l'absence d'éléments de preuve concrets établissant, selon la prépondérance des probabilités, que ces personnes risquent de faire un mauvais usage des renseignements confidentiels qui leur sont divulgués.

[75] Google n'a pas démontré que l'interdiction de poursuite des demandes est raisonnable et nécessaire. La Cour ne l'autorisera pas.

[76] La Cour ne peut accepter que l'ordonnance conservatoire régisse le huis clos de la salle d'audience pendant le procès et ne prévoie aucun mécanisme d'objection. La Cour n'est pas

convaincue qu'il soit nécessaire d'indiquer à la partie adverse le nom des conseillers techniques, car cela divulguerait de façon excessive la stratégie d'instance.

#### IV. Conclusion

[77] La Cour rendra une ordonnance conservatoire qui tient compte des motifs susmentionnés, qui prévoira notamment un régime de rajustement et de modification de ses conditions sur requête présentée à la Cour et la suppression des dispositions relatives à l'interdiction de poursuite des demandes.

[78] Les défenderesses ont trente jours pour signifier et déposer une proposition d'ordonnance conservatoire modifiée au moyen d'une requête fondée sur l'article 369 des *Règles des Cours fédérales*.

**ORDONNANCE dans le DOSSIER T-40-18**

**LA COUR ORDONNE que**, pour les motifs qui précèdent, la requête soit accueillie en partie selon les conditions énoncées dans les motifs. La prorogation du délai demandée est accordée et fixée à dix jours suivant la délivrance de l'ordonnance conservatoire. Les dépens suivront l'issue de la cause.

« Michael L. Phelan »

---

Juge

Traduction certifiée conforme  
Ce 22<sup>e</sup> jour de mai 2019

Sandra de Azevedo, LL.B.

**COUR FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** T-40-18

**INTITULÉ :** PAID SEARCH ENGINE TOOLS, LLC c GOOGLE  
CANADA CORPORATION, GOOGLE LLC ET  
ALPHABET INC.

**LIEU DE L'AUDIENCE :** OTTAWA (ONTARIO)

**DATE DE L'AUDIENCE :** LE 15 AVRIL 2019

**ORDONNANCE ET MOTIFS :** LE JUGE PHELAN

**DATE DES MOTIFS :** LE 1<sup>ER</sup> MAI 2019

**COMPARUTIONS :**

Michael Crinson  
Devin Doyle

POUR LA DEMANDERESSE

Christopher Van Barr  
Charlotte McDonald

POUR LES DÉFENDERESSES

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Aitken Klee LLP  
Avocats  
Ottawa (Ontario)

POUR LA DEMANDERESSE

Gowling WLG  
Avocats  
Ottawa (Ontario)

POUR LES DÉFENDERESSES