

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20210106

Dossier : T-921-17

Référence : 2021 CF 19

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 6 janvier 2021

En présence de monsieur le juge Lafrenière

ENTRE :

ROVI GUIDES, INC.

**demanderesse/
défenderesse reconventionnelle**

et

VIDÉOTRON LTÉE

**défenderesse/
demanderesse reconventionnelle**

ORDONNANCE ET MOTIFS

[1] La question sur laquelle la Cour doit statuer dans la présente requête consiste à savoir si la Cour devrait faire droit à la demande de la défenderesse, Vidéotron Ltée [Vidéotron], de reprendre la présentation de la preuve dans le cadre du procès pour contrefaçon de brevet afin de permettre

aux parties de produire une preuve d'expert supplémentaire concernant le recours en restitution des bénéfices recherché par la demanderesse, Rovi Guides, Inc. [Rovi].

[2] La présente requête a été déposée en raison de ce que Vidéotron qualifie d'un « changement radical » dans le droit portant sur le recours en restitution des bénéfices qu'a provoqué la décision récente de la Cour d'appel fédérale dans *Nova Chemicals Corporation c Dow Chemicals Company*, 2020 FCA 141 [*Nova Chemicals*].

[3] Rovi demande que la requête de Vidéotron soit rejetée au motif que l'arrêt *Nova Chemicals* ne change pas fondamentalement la méthode du coût pour la restitution des bénéfices. Toutefois, au cas où la Cour faisait droit à la requête de Vidéotron, Rovi désire obtenir, au moyen d'une requête incidente, le droit de déposer un rapport d'expert en réplique ainsi qu'une ordonnance portant que la Cour entendra des témoignages des experts des parties qui donneront leur avis et qui pourront être contre-interrogés à l'audience.

[4] Pour les motifs ci-dessous, je conclus que la requête de Vidéotron et que la requête incidente de Rovi devraient être accueillies.

I. Contexte factuel

[5] Un bref résumé des faits est nécessaire pour expliquer le fondement contextuel de la requête et de la requête incidente.

[6] Le 23 juin 2017, Rovi a intenté l'action sous-jacente contre Vidéotron en alléguant la contrefaçon de certaines revendications de quatre de ses brevets portant en général sur des guides de programme interactifs. Vidéotron a nié les allégations de contrefaçon et a soutenu, par voie de demande reconventionnelle, que les revendications que la demanderesse entend faire valoir sont invalides pour cause d'anticipation, d'évidence et de double brevet.

[7] À la suite de la production de documents et de l'interrogatoire préalable, les parties se sont échangé des rapports d'expert. Rovi a produit ses rapports d'expert sur la contrefaçon de brevets ainsi que sur le recours. Andrew Harington est l'auteur de l'un des rapports produits au sujet du recours.

[8] Vidéotron a par la suite produit ses contre-rapports sur la contrefaçon et le recours, y compris le rapport d'expert de Farley Cohen.

[9] M. Harington et M. Cohen s'entendaient dans leurs rapports sur le fait que la méthode du coût différentiel était la bonne façon de calculer la restitution des bénéfices. Toutefois, M. Cohen a décrit dans son rapport la possibilité de prendre en considération une certaine déduction pour amortissement de Vidéotron. Même si les parties ont tenu une communication préalable intégrale à ce sujet et si le dossier factuel du procès contient déjà de l'information pour établir une méthode du coût complet en ce qui concerne les coûts de Vidéotron, M. Cohen n'a fourni aucun calcul de ces coûts.

[10] Le procès a débuté le 9 mars 2020. Au début, il s'est déroulé en personne, mais il a dû être ajourné en raison des circonstances exceptionnelles attribuables à la pandémie de COVID-19. Le procès a repris en mode virtuel le 25 mai 2020.

[11] M. Harington a témoigné le 29 mai 2020 et M. Cohen a été appelé à témoigner le 16 juin 2020. Dans son interrogatoire principal, M. Cohen a expressément favorisé la méthode du coût complet et a encouragé la Cour à envisager de déduire certains coûts en capital de Vidéotron, comme en témoigne l'échange suivant.

[TRADUCTION]

Q. Excellent. Au sujet du deuxième point dont nous parlons, vous avez un extrait du paragraphe 30 de votre rapport. Pouvez-vous seulement expliquer ce que vous voulez dire par les investissements en capitaux et comment ceux-ci sont pris en considération ou non?

R. Bien sûr. Le point principal ici, c'est que le coût en capital ou la dépréciation découlant d'une représentation de ce coût en capital, alors que le coût associé à la mise en place de l'infrastructure, à l'installation des fils et tout le reste de l'information, tout mettre à jour et mettre au niveau, n'est pas inclus dans ces marges sur coûts directs. Et il y a un problème quant à la question de savoir si ces calculs devraient ou ne devraient pas être à bon escient inclus dans les bénéfices que Vidéotron a réellement encaissés. Je crois que tout le monde reconnaît qu'il s'agit d'une entreprise capitaliste. Vous devez avoir beaucoup d'équipement, soit du matériel informatique, soit de l'équipement qui se trouve dans les alentours, et aucun des coûts associés à la mise en place n'est incorporé dans ces chiffres, parce que ceux-ci sont calculés avant l'amortissement. Donc, ils représentent le bénéfice ou le profit réel provenant d'un abonné en particulier, à l'exclusion de ce qu'il en coûte pour installer le service chez cet abonné et pour amener le service à son domicile dès le départ. Compte tenu de cette situation, cela dépend du nombre d'abonnés dont on parle et de la mesure à

laquelle vous devriez peut-être en tenir compte, mais la question dont je parle ici est celle de savoir si les bénéfices additionnels que nous encaissons sur la marge sur coûts directs ne tiennent pas compte de ces coûts, qui sont importants.

Q. Excellent.

JUGE LAFRENIÈRE : Je me demande seulement ce que je dois faire avec cela, M. Cohen? Faites-vous simplement une observation ou y a-t-il autre chose que je dois en comprendre?

LE TÉMOIN : Voilà une excellente question. Ce que nous avons calculé ici, comme je dis, est le bénéfice complémentaire que rapporte un nouveau client. Je pense qu'il vous appartient, Monsieur le juge Lafrenière, de décider s'il s'agit du bénéfice approprié qui doit être établi dans ce cas. Si nous utilisions une méthode fondée sur le coût complet, ce que nous faisons parfois dans ce genre de cas, nous devrions comptabiliser aussi certains de ces autres coûts, ce qui réduirait les bénéfices que nous avons établis ici.

JUGE LAFRENIÈRE : Et avez-vous appliqué la méthode du coût complet?

LE TÉMOIN : Non, nous ne l'avons pas fait.

[12] Après que Vidéotron a terminé sa preuve le 17 juin 2020, Rovi a décidé de ne pas appeler de témoin en réplique.

[13] Par la suite, les parties ont déposé des observations finales par écrit. Pour des raisons indépendantes de la volonté des parties, il s'est écoulé un délai considérable avant la mise au rôle des arguments oraux. Ils ont depuis été mis au rôle et ils débiteront le 20 janvier 2021.

[14] Le 18 septembre 2020, la Cour d'appel fédérale a rendu publics ses motifs dans l'arrêt *Nova Chemicals*, ce qui a en fait changé la méthode par défaut en ce qui concerne la restitution des bénéfices. La jurisprudence de notre Cour et de la Cour d'appel fédérale avait adopté la méthode du coût différentiel pour établir les bénéfices qui devaient être rendus par un contrefacteur, reléguant la méthode des coûts complets au rang de solution de rechange qui pouvait seulement être employée dans des circonstances particulières. Comme M. le juge David Stratas a statué, au paragraphe 145 de cette décision de la majorité, [TRADUCTION] « en l'absence de circonstances exceptionnelles ou contraignantes ou d'une preuve d'expert convaincante du contraire dans une affaire en particulier, la méthode des coûts complets est la bonne façon de déduire les coûts dans le calcul de la restitution des bénéfices ».

II. Analyse

[15] Étant donné que Vidéotron ne s'oppose pas à ce que Rovi présente sa propre preuve d'expert et que les deux parties s'entendent sur le fait qu'il conviendra de procéder au contre-interrogatoire des experts, l'unique question à trancher consiste à savoir si la Cour devrait reprendre la partie du procès consacrée à la preuve pour permettre à Vidéotron de présenter une preuve d'expert additionnelle.

A. *Critère applicable à la reprise*

[16] Les parties n'ont pu trouver aucun précédent contraignant sur le critère que notre Cour doit adopter lorsqu'on lui demande de rouvrir le dossier de la preuve une fois que la preuve est terminée, mais avant que l'argumentation orale soit entendue. Mais elles ont fait référence à des

précédents utiles dans lesquels la question des demandes de reprise d'actions a été étudiée, y compris l'arrêt-clé de la Cour suprême du Canada dans *671122 Ontario Ltd c Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 RCS 983 [*Sagaz*].

[17] Dans la décision *Sagaz*, le juge Major a avalisé le recours par le juge du procès au critère à deux volets qui avait été élaboré dans la décision *Scott v. Cook*, [1970] 2 OR 769 [*Scott*], lequel exige que la partie qui demande la reprise du procès doit démontrer que :

- 1) La preuve, si elle était présentée, changerait le résultat;
- 2) La preuve ne pouvait pas être obtenue avant le procès en exerçant une diligence raisonnable.

[18] Même si les décisions *Sagaz* et *Scott* portaient sur la reprise d'un procès pour permettre la présentation d'une preuve nouvelle après que les motifs eurent été prononcés par le juge du procès et avant l'inscription du jugement, je conviens que le critère à deux volets devrait également s'appliquer à une demande d'admettre une preuve supplémentaire après que les parties ont terminé leur preuve respective. L'intérêt public dans le caractère définitif d'un litige est un facteur important et la Cour doit se méfier des requêtes en reprise, car elles pourraient créer une injustice.

B. *Premier volet du critère*

[19] Rovi reconnaît que si la Cour avait recours à la méthode du coût complet, la preuve de M. Cohen changerait le résultat du calcul des bénéfices, ce qui satisferait au premier volet du

critère. Mais elle fait valoir que cette méthode des coûts complets n'est pas adéquate dans les circonstances.

[20] D'après Rovi, le droit applicable à la restitution des bénéfices est et demeure la décision de la Cour suprême du Canada dans *Monsanto Canada Inc. c Schmeiser* [2004] 1 RCS 902 [*Schmeiser*]. La Cour suprême a statué au paragraphe 102 que la méthode privilégiée de calcul des bénéfices qui doivent être remis est la méthode fondée sur la valeur ou méthode du « bénéfice différentiel », qui consiste à calculer les profits en fonction de la valeur que le brevet a permis aux marchandises du défendeur d'acquérir.

[21] Rovi fait valoir que la décision *Nova Chemicals* de la Cour d'appel fédérale est soit compatible avec l'arrêt *Schmeiser*, ce qui signifierait que le droit n'a pas changé de manière fondamentale, ou que la décision *Nova Chemicals* est incompatible avec l'arrêt *Schmeiser* et qu'elle a donc été mal jugée et ne devrait pas être suivie.

[22] *Nova Chemicals* est considérée comme une décision importante et elle est vue par certains comme s'écartant du droit établi tant dans les énoncés de principe que dans le résultat. Le professeur Norman Siebrasse, dans son blogue en ligne Sufficient Description (Norman Siebrasse, « *Nova v Dow: A Radical Departure from Established Law* »), critique la décision en affirmant ce qui suit :

[TRADUCTION]

La décision du juge d'appel Stratas pour la majorité dans *Nova c Dow* a jeté une grenade dans cet édifice et en a fait trembler les fondations. Les énoncés généraux de principe qu'a faits le juge d'appel Stratas constituent à mon avis un écart radical et malsain par rapport aux principes établis, y compris ceux qui ont été énoncés par

la CSC dans l'arrêt *Schmeiser*. Certaines décisions particulières peuvent être considérées comme des raffinements du droit antérieur, mais même dans ce cas, en raison du raisonnement inorthodoxe, il n'est pas évident que même ces points peuvent maintenant être considérés comme réglés.

[23] Je ne me prononce pas sur la question de savoir si les opinions ci-dessus ont un fondement quelconque. La théorie du *stare decisis* exige des juges, en tant que question de droit, qu'ils suivent les *ratio decidendi* des tribunaux qui leur sont supérieurs dans la structure hiérarchique. Étant donné que *Nova Chemicals* prévoit sans ambiguïté que la méthode des coûts complets devrait être l'approche par défaut, je me considère contraint par la décision de la Cour d'appel fédérale, du moins pour les besoins de la présente requête. Dans les circonstances, je conclus que le premier volet du critère *Scott* a été rempli.

C. *Deuxième volet du critère*

[24] En ce qui concerne le deuxième volet du critère, à savoir si la preuve ne pouvait pas être obtenue en exerçant une diligence raisonnable, l'avocat de Rovi a fait valoir avec beaucoup de vigueur que Vidéotron ne peut pas plausiblement laisser entendre qu'elle n'aurait pas pu produire une preuve sur la méthode du coût complet au procès.

[25] Je suis du même avis. Il se dégage clairement de la preuve dont je dispose que M. Cohen était bien au courant que la méthode du coût complet pouvait être employée dans des circonstances particulières et que Vidéotron avait choisi de ne pas produire de preuve d'opinion à ce sujet.

[26] Il demeure que la décision stratégique de Vidéotron de ne pas tenir compte de la méthode du coût complet a été prise avant que l'arrêt *Nova Chemicals* soit rendu public. Avant cette décision, notre Cour et la Cour d'appel fédérale n'avaient pas été réceptives à cette méthode. Je suis d'accord avec mon collègue le juge Sébastien Grammond, lorsqu'il conclut dans *Bauer Hockey Ltd. c Sport Maska Inc. (CCM Hockey)*, 2020 CF 1123 [*Bauer Hockey*], au paragraphe 7, que « [c]ompte tenu de l'interprétation du droit qui prévalait parmi les avocats spécialistes de la propriété intellectuelle avant l'arrêt *Nova v Dow*, je suis convaincu qu'on n'aurait pas pu s'attendre à ce que [la défenderesse] dépose la preuve concernant les coûts totaux à une étape antérieure ».

D. *Pouvoir discrétionnaire résiduel de reprendre*

[27] Quoiqu'il en soit, l'omission d'avoir exercé une diligence raisonnable n'est pas fatale. Dans les cas où les intérêts de la justice exigent l'admission d'une preuve nouvelle, la Cour possède en effet le pouvoir discrétionnaire résiduel d'admettre une nouvelle preuve, même si les deux volets du critère ne sont pas remplis : *Brace c Canada*, 2014 CAF 92, para 12. Ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé avec parcimonie et seulement dans les cas les plus clairs, quand les intérêts de la justice l'exigent.

[28] Rovi fait valoir qu'elle subirait un préjudice s'il était fait droit à la requête de Vidéotron.

[29] En premier lieu, Rovi fait valoir que si la Cour statue que ses brevets ont été contrefaits et accepte son choix de la restitution des bénéficiaires, un calcul fondé sur la méthode des coûts complets la priverait de millions de dollars. Cet argument est dénué de tout fondement. La méthode des

coûts complets est une question de droit. Si notre Cour statue que la méthode des coûts complets s'applique, Rovi ne serait pas privée de bénéfices, car elle n'y aurait tout simplement pas droit.

[30] En deuxième lieu, Rovi soutient que le fait d'accueillir la requête de Vidéotron retarderait davantage la conclusion du procès, ce qui lui causerait un préjudice. Toutefois, comme il a été expliqué à l'audition de la requête, je n'étais pas disposé à accorder un autre ajournement avant l'audition des plaidoiries. Un calendrier a été établi pour l'échange des rapports d'expert et le contre-interrogatoire des experts à distance avant l'audience.

[31] En l'espèce, la nouvelle preuve que Vidéotron demande de produire est une preuve d'opinion, et non une preuve factuelle. Des documents contenant des précisions sur les coûts non marginaux, y compris l'attribution par service, font déjà partie de la preuve au procès et peuvent être utilisés par la Cour pour calculer les coûts complets. Comme le permet l'arrêt *Nova Chemicals*, l'avocat de Vidéotron a tout à fait le droit de plaider, dans ses observations finales, que la méthode du coût complet devrait s'appliquer, ce qui obligera alors la Cour à calculer elle-même les coûts qui relèvent du secteur d'activité de la télévision chez Vidéotron.

[32] Vidéotron désire simplement faire admettre une preuve d'expert supplémentaire qui analyse la preuve du procès afin de produire une attribution plus précise dans chaque secteur d'activité. D'après Vidéotron, cela aiderait davantage la Cour à apprécier ces documents et à calculer l'attribution des coûts ainsi qu'à calculer les divers scénarios possibles en fonction des positions des parties.

[33] Un avis d'expert sur les données commerciales et financières associées aux coûts fixes aiderait certes notre Cour. Je ne puis faire mieux que répéter les paroles du juge Grammond dans *Bauer Hockey*, au paragraphe 9 :

[...] les experts financiers sont extrêmement utiles pour amalgamer des données financières brutes et pour les présenter d'une manière qui aide la Cour à se concentrer sur les questions qu'elle doit trancher. J'ai fait allusion à cette réalité dans une instance distincte entre les mêmes parties : *Bauer Hockey Ltd c Sport Masko Inc.*, 2020 CF 212, au paragraphe 29. Si je n'accorde pas l'autorisation de déposer le rapport, CCM aura quand même le droit de présenter des arguments concernant les coûts fixes en se fondant sur la preuve déjà produite. Il sera beaucoup plus simple pour la Cour que cette information soit amalgamée dans le rapport d'expert proposé.

III. Conclusion

[34] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je considère qu'il est dans l'intérêt de la justice d'accueillir la requête de Vidéotron et d'admettre la preuve d'expert des parties, laquelle aidera la Cour en lui fournissant davantage de contexte et de calculs fondés sur la preuve déjà produite au procès sur la méthode du coût complet, conformément à la décision *Nova Chemicals*. À titre de juge du procès, je m'appuierai sur la preuve apportée par les experts sur cette question restreinte, dans la mesure où je tiendrai compte du recours en restitution des bénéfices.

ORDONNANCE DANS LE DOSSIER T-921-17

LA COUR ORDONNE :

1. La requête de la défenderesse et la requête incidente de la demanderesse sont accueillies, aux conditions qui suivent.
2. La défenderesse est autorisée à signifier et à déposer le rapport d'expert de Farley Cohen au plus tard à midi le 16 décembre 2020. Le rapport d'expert devra s'en tenir au mandat énoncé dans l'affidavit de Cohen qui a été déposé à l'appui de la requête de la défenderesse, à savoir à la méthode du coût complet et aux calculs sur la question des bénéfices de la défenderesse.
3. La demanderesse est autorisée à signifier et à déposer un rapport d'expert au plus tard à la fin du jour ouvrable le 11 janvier 2021, lequel devra porter sur les effets de la décision de la Cour d'appel fédérale *Nova Chemicals Corporation c Dow Chemicals Company*, 2020 CAF 141, y compris sur le caractère adéquat de la méthode du coût complet et sur sa quantification.
4. L'étape de la preuve du procès sera reprise pour produire les rapports d'expert mentionnés ci-dessus et pour permettre de procéder aux contre-interrogatoires sur ces rapports devant le juge du procès. Le procès sera repris pour le contre-interrogatoire des deux experts le 13 janvier 2021, pour une durée n'excédant pas 90 minutes dans chaque cas.

5. Les parties sont autorisées à signifier et à déposer des observations écrites supplémentaires d'au plus cinq pages sur les questions soulevées par la nouvelle preuve des experts avant l'audience finale et, en tout état de cause, au plus tard le 19 janvier 2021.

6. Par entente entre les parties, les dépens de cette requête sont fixés à 2 000 \$ et sont payables à la défenderesse dans la présente cause, comme l'a établi le juge du procès, et les débours des experts dans la requête seront établis dans le cadre de toute décision sur les honoraires et les débours des experts.

« Roger R. Lafrenière »

Juge

Traduction certifiée conforme
Semra Denise Omer

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-921-17

INTITULÉ : ROVI GUIDES, INC. c VIDÉOTRON LTÉE

LIEU DE L'AUDIENCE : TENUE PAR VIDÉOCONFÉRENCE ENTRE
OTTAWA (ONTARIO) ET TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 15 DÉCEMBRE 2020

ORDONNANCE ET MOTIFS : LE JUGE LAFRENIÈRE

DATE DES MOTIFS : LE 6 JANVIER 2021

COMPARUTIONS :

Sana Halwani
Paul-Erik Veel
Jonathan Chen

POUR LA DEMANDERESSE/
DÉFENDERESSE RECONVENTIONNELLE

Alan Macek
Bruce Stratton
Nicole Nazareth

POUR LA DÉFENDERESSE/
DEMANDERESSE RECONVENTIONNELLE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Lenczner Slaght
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LA DEMANDERESSE/
DÉFENDERESSE RECONVENTIONNELLE

DLA Piper (Canada) s.e.n.c.r.l.
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE/
DEMANDERESSE RECONVENTIONNELLE