

Cour fédérale

Federal Court

Date : 20100621

Dossier : T-1868-09

Référence : 2010 CF 668

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Toronto (Ontario), le 21 juin 2010

En présence de monsieur le juge Crampton

ENTRE :

**PFIZER CANADA INC.
WARNER-LAMBERT COMPANY
ET WARNER-LAMBERT COMPANY LLC**

demandereses

et

**NOVOPHARM LIMITED,
LE MINISTRE DE LA SANTÉ,
NORTHWESTERN UNIVERSITY ET THE BOARD OF REGENTS
FOR THE UNIVERSITY OF OKLAHOMA**

défendeurs

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

I. Contexte

[1] Par lettre datée du 1^{er} octobre 2009, Novopharm a signifié à la demanderesse, Pfizer Canada Limited (Pfizer), un avis d'allégation (AA) en vertu de l'article 5 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement) relativement au médicament pregabalin.

[2] En réponse à l'AA, le 13 novembre 2009, Pfizer a déposé la présente demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 6 du Règlement en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm avant l'expiration de cinq brevets, soit les brevets canadiens numéros 2 134 674, 2 297 163, 2 255 652, 2 325 045 et 2 327 285.

[3] Dans un avis de requête daté du 22 février 2010, Novopharm a sollicité une ordonnance de protection pour désigner comme confidentiel, entre autres, l'AA de Novopharm conformément à l'article 151 des *Règles des Cours fédérales*. Aucune autre modalité de l'ordonnance de protection proposée n'est en litige.

[4] Novopharm soutient qu'elle a investi des sommes importantes dans la production de l'AA et l'a traité à titre confidentiel et a préservé cette confidentialité. Les éléments de preuve indiquent que Novopharm a engagé quelque 200 000 \$ de coûts pour élaborer son AA. Cet investissement visait à permettre à Novopharm d'être « de justesse le deuxième sinon le premier fabricant de médicaments génériques à obtenir un AC pour son produit pregabalin ».

[5] Novopharm soutient qu'[TRADUCTION] « il n'y a aucun avantage pour le public à ce que l'AA de Novopharm soit divulgué » et que si Novopharm obtient gain de cause contre Pfizer et que l'AA [TRADUCTION] « devient accessible aux concurrents de Novopharm, ces concurrents pourraient utiliser l'AA de Novopharm comme “tremplin” pour se positionner sur le marché du pregabalin [sic] à un coût considérablement moindre que ce qu'il en a coûté à Novopharm ».

[6] Novopharm soutient que son AA est dans l'ensemble confidentiel, et que la nature des renseignements confidentiels contenus dans l'AA est telle que l'AA ne peut être expurgé de quelque façon que ce soit afin de protéger la confidentialité de ces renseignements. En somme, l'ensemble du document créé dans l'AA est confidentiel. Même si ce document était fortement expurgé, les concurrents de Novopharm pourraient toujours utiliser l'AA pour accélérer considérablement leur entrée sur le marché du pregabalin, et ainsi engranger des ventes et des bénéfices qui, autrement, seraient réalisés par Novopharm.

[7] L'AA n'est pas un acte de procédure ni un document de procédure. Le Règlement exige que le fabricant d'un médicament générique fournisse un AA contenant un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels reposent les allégations d'absence de contrefaçon ou d'invalidité d'un brevet. L'AA ne peut pas être modifié une fois qu'il a été transmis, et il importe donc qu'il soit aussi détaillé et complet que possible.

[8] Novopharm a délivré son AA plusieurs mois après qu'un autre fabricant de médicaments génériques, Ratiopharm Inc. (« Ratiopharm »), eut délivré à Pfizer un AA pour le pregabalin. Cet AA a été rendu public le 16 octobre 2009 après que Novopharm l'eut transmis à Pfizer. Il n'a pas été allégué que Novopharm avait accès à l'AA avant cette date.

II. La décision de refuser la demande de Novopharm de désigner son AA comme confidentiel

[9] La protonotaire Milczynski a commencé son analyse en faisant observer que l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires ne devrait pas être compromis en l'absence de circonstances exceptionnelles. Elle a ensuite formulé le critère applicable à une requête en ordonnance de confidentialité conformément à l'article 151 des *Règles des Cours fédérales* (les « Règles »), comme l'a établi la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, aux pages 543 et 544. Elle a indiqué qu'une ordonnance de confidentialité en vertu de l'article 151 ne doit être rendue que :

- (i) lorsqu'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, et
- (ii) lorsque 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.

Elle a en outre noté qu'il y a trois éléments au premier volet du critère établi dans l'arrêt *Sierra Club* :

- (i) le risque en cause doit être réel et important, en ce qu'il est bien étayé par la preuve et menace gravement l'intérêt commercial en question.

- (ii) pour être qualifié d'« intérêt commercial important », l'intérêt en question ne doit pas se rapporter uniquement et spécifiquement à la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité; il doit s'agir d'un intérêt qui peut se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité;

- (iii) la Cour doit non seulement se demander s'il existe des mesures raisonnables autres que l'ordonnance de confidentialité, mais elle doit aussi restreindre l'ordonnance autant qu'il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l'intérêt commercial en question.

[10] La protonotaire Milczynski a admis que la production de l'AA de Novopharm avait demandé beaucoup de temps (environ dix mois), d'efforts, de ressources et d'argent. Elle a également admis qu'il se peut bien que l'AA « soit unique, nouveau et original comme le prétend Novopharm aux plans de sa structure et des éléments invoqués au soutien de ses arguments, et qu'il s'agisse d'un travail de la plus haute qualité ».

[11] Toutefois, en ce qui concerne le premier élément du premier volet du critère établi dans l'arrêt *Sierra Club*, elle a jugé que Novopharm n'avait pas présenté de preuve d'un risque sérieux pour son avantage commercial en ce qui a trait à sa position sur le marché et à ce qu'elle espère être le moment de son entrée sur le marché.

[12] Quant au deuxième élément du premier volet du critère de l'arrêt *Sierra Club*, la protonotaire Milczynski a conclu comme suit :

[...] la position de Novopharm sur le marché ne peut pas être qualifiée d'intérêt commercial important au sens de l'arrêt *Sierra Club*. L'intérêt commercial décrit par Novopharm est étroit et propre à Novopharm, à savoir sa situation de première sur le marché et son investissement en temps et en argent dans l'élaboration de son AA. Il n'y a aucun principe ni aucun élément d'intérêt public dans la confidentialité de l'AA, contrairement à l'intérêt public décrit dans l'arrêt *Sierra Club*, soit le maintien de la confidentialité des renseignements en cause dans cette affaire. Dans l'affaire *Sierra Club*, la divulgation aurait entraîné la violation d'une entente de confidentialité – il y a un intérêt public à préserver de telles ententes. Il n'y a aucun intérêt public à assurer à Novopharm le moment ou l'exclusivité de son entrée sur son marché de préférence à tout autre fabricant de médicaments génériques.

[13] En ce qui concerne le troisième élément du premier volet du critère de l'arrêt *Sierra Club*, la protonotaire Milczynski a pris note de la position de Novopharm que l'ensemble de l'AA devait demeurer confidentiel et que la confidentialité des renseignements dans l'AA ne pouvait être protégée en en expurgeant seulement certaines parties.

[14] Pour ce qui concerne le deuxième volet du critère de l'arrêt *Sierra Club*, elle a conclu que les effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité proposée par Novopharm l'emportent sur tout effet bénéfique allégué.

[15] Compte tenu de ce qui précède, la protonotaire Milczynski a rejeté la requête de Novopharm.

III. La décision d'imposer des dépens à Novopharm

[16] La protonotaire Milczynski a noté que l'adjudication des dépens à la partie qui a gain de cause vise deux fins : a) décourager les litiges mal fondés et b) indemniser partiellement la partie qui a gain de cause pour les frais engagés.

[17] Elle a noté en outre que le paragraphe 400(1) des Règles donne à la Cour « le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens, de les répartir [...] » et que le pouvoir discrétionnaire accordé à l'égard de l'adjudication des dépens comprend le pouvoir d'adjuger une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés.

[18] Après avoir déterminé les différents facteurs dont la Cour doit tenir compte pour rendre une décision quant aux dépens, la protonotaire Milczynski a fait observer que [TRADUCTION] « le Règlement ne comporte aucune disposition ni aucun précédent dans la jurisprudence de la Cour justifiant la demande de Novopharm, pour les raisons qu'elle a données. » Elle a ensuite déclaré que les raisons à l'appui de la demande de Novopharm pour protéger la confidentialité de l'ensemble de l'AA étaient sans fondement compte tenu du critère établi dans l'arrêt *Sierra Club*, précité.

[19] Par conséquent, elle a conclu que la requête de Novopharm n'aurait pas dû être présentée. Compte tenu de ce qui précède, et compte tenu de l'intérêt public important à la

publicité des débats judiciaires, elle a conclu que des dépens plus élevés étaient justifiés, en un montant forfaitaire fixe. Elle a donc ordonné le remboursement des dépens comme suit : (i) 8 000 \$ payables immédiatement par Novopharm à Pfizer et à The Board of Regents for the University of Oklahoma (« Oklahoma »); et (ii) 2 000 \$ payables immédiatement à la Northwestern University (« Northwestern »). Ces montants dépassaient le montant de 7 668,34 \$ indiqué dans le mémoire de frais présenté par Pfizer et Oklahoma, établis selon l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif, et le montant de 1 800 \$ qui a été demandé par Northwestern, calculés selon le point milieu de la colonne III du tarif.

IV. Questions en litige

[20] Novopharm a allégué que la protonotaire Milczynski avait commis plusieurs erreurs dans ses motifs en vue de rejeter la proposition de désigner son AA comme confidentiel.

En substance, Novopharm prétend qu'elle a commis une erreur en :

1. faisant défaut de conclure que l'ensemble de l'AA constituait un document confidentiel;
2. en concluant qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve quant à l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt important;
3. en concluant que sa position concurrentielle ne peut pas être considérée comme un intérêt important selon le critère établi dans l'arrêt *Sierra Club*; et
4. en faisant défaut de reconnaître que l'intérêt public à la publicité des débats judiciaires ne serait pas touché de façon préjudiciable en désignant l'AA de Novopharm NDA comme confidentiel.

[21] En ce qui a trait à ses motifs pour adjuger des dépens, Novopharm prétend que la protonotaire Milczynski a commis les erreurs suivantes :

1. Elle a adjugé des dépens contre Novopharm, plutôt que d'ordonner que cette dernière suive la cause; et
2. Elle a adjugé des dépens payables immédiatement et selon des montants plus élevés que les montants demandés par Pfizer et Northwestern.

V. La norme de contrôle

[22] Le critère applicable lors d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance discrétionnaire rendue par un protonotaire est de savoir si :

- a) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal;
 - b) l'ordonnance « est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits » (*Merck & Co. Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488, [2004] 2 R.C.F. 459, à la page 478).
- Plus récemment, la Cour d'appel fédérale a précisé que les décisions discrétionnaires des protonotaires devraient être maintenues à moins qu'une intervention ne soit justifiée « pour empêcher des injustices flagrantes et pour corriger des erreurs graves et évidentes » (*J2 Global Communications, Inc. c. Protus IP Solutions Inc.*, 2009 CAF 41, au paragraphe 16).

[23] Il est acquis de part et d'autre que les questions soulevées dans les requêtes de Novopharm n'ont pas « une influence déterminante sur l'issue du principal ».

VI. Analyse

A. Le refus de désigner l'AA de Novopharm comme confidentiel

(i) *La protonotaire a-t-elle commis une erreur en faisant défaut de conclure que l'ensemble de l'AA constituait un document confidentiel?*

[24] Novopharm affirme [TRADUCTION] « AA, dans l'ensemble, est un document original et confidentiel, qui a une valeur commerciale parce qu'il s'agit d'une compilation originale découlant dix mois de connaissances, de compétences et d'efforts de la part de Novopharm et de ses experts-conseils ».

[25] Je conclus que la protonotaire Milczynski a pleinement compris la position de Novopharm sur ce point. C'est ce qui ressort clairement du passage suivant au paragraphe 15 de sa décision :

Selon Novopharm, l'ensemble de l'AA doit demeurer à l'abri du regard d'une certaine partie de la population (les autres fabricants de médicaments génériques) pour empêcher ces fabricants de produits génériques de s'inspirer de la façon dont Novopharm a recherché, compilé, organisé et exposé ses allégations et son énoncé détaillé des faits et du droit concernant la validité des brevets en cause et l'absence de contrefaçon. Une telle mesure viserait à protéger l'intérêt commercial de Novopharm à s'assurer que ces fabricants de médicaments génériques n'accèdent pas au marché plus rapidement ou à moindre coût qu'ils ne le feraient

autrement du fait qu'ils s'inspireraient de l'AA de Novopharm plutôt que de réaliser leurs propres travaux.

[26] La protonotaire Milczynski a également admis qu'il se peut bien que l'AA de Novopharm « soit unique, nouveau et original comme le prétend Novopharm aux plans de sa structure et des éléments invoqués au soutien de ses arguments, et qu'il s'agisse d'un travail de la plus haute qualité » (au paragraphe 10).

[27] Toutefois, elle n'a pas explicitement évalué si l'AA était un document confidentiel.

[28] Elle a noté à juste titre que « [l]e Règlement ne comporte aucune disposition précisant si les AA sont confidentiels ou non, contrairement à d'autres renseignements ou documents qui sont traités comme étant confidentiels, comme les présentations abrégées de drogues nouvelles. » Je suis d'accord avec sa conclusion implicite que cela indique que le Règlement ne prévoit pas que les AA dans leur ensemble soient considérés comme confidentiels dans des procédures intentées en vertu du Règlement.

[29] Un deuxième facteur reconnu implicitement et à juste titre par la protonotaire Milczynski comme allant à l'encontre de l'idée que l'ensemble de l'AA devrait être

considéré comme confidentiel est qu'il n'y a aucun précédent dans la jurisprudence de la Cour concernant la désignation d'un AA comme confidentiel de la manière et aux fins demandées par Novopharm. En réponse, Novopharm a désigné trois causes dans lesquelles les parties consentent à la mesure de redressement et où des AA dans leur ensemble ont été désignés comme confidentiels dans des instances engagées en vertu du Règlement (la décision *Merck - Frosst - Schering Pharma GP c. Canada (Santé)*, (T-1610-08), ordonnance datée du 18 novembre 2009; la décision *Pfizer Canada Inc. v. Genpharm ULC*, (T-1118-09), ordonnance datée du 1^{er} décembre 2009, la décision *Novo Nordisk Canada Inc. c. Cobalt Pharmaceuticals Inc.*, (T-1221-08), ordonnance datée du 11 septembre 2008). Cependant, il est bien établi que les jugements rendus dans des causes où les parties consentent à la mesure de redressement n'ont [traduction] « aucune valeur de précédent » (l'arrêt *Armstrong v. Canada*, [1996] 2 C.T.C. 266, au paragraphe 13; *Uppal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 565, au paragraphe 18).

[30] Lorsqu'un AA soulève des questions légitimes quant à la validité d'un brevet ou de plusieurs brevets, il faut tenir compte d'un autre facteur important allant à l'encontre de l'idée que l'ensemble de l'AA doit être traité comme un document confidentiel; en effet, un brevet octroie dans les faits un monopole légal au titulaire du brevet, dans la mesure où ce dernier est protégé contre la concurrence pendant la durée de vie du brevet. Cela donne naissance à un fort intérêt public à ce que la transparence i) des allégations contenues dans un AA, ii) du fondement des allégations et iii) de la procédure introduite relativement à ces allégations soit assurée. Ce facteur distingue la présente cause de la décision *Ab Hassle c. Canada (Ministre de la Santé*

nationale et du Bien-être social) (2000), 5 C.P.R. (4th) 149 (CAF) qui concernait l'information relative au processus, aux composants et aux formules aux termes par lesquels l'intimée dans cette affaire avait produit un médicament qui, selon lui, ne violait pas le brevet de l'appelante.

[31] En l'espèce, un autre facteur pertinent tient du fait que l'avocate générale de Novopharm, M^e Ildeko Mehes, a admis en contre-interrogatoire qu'elle ne s'attendait pas à ce que Pfizer accepte de traiter comme confidentiel l'AA de Novopharm si Novopharm avait demandé de conclure un tel accord avant d'envoyer à Pfizer l'AA, sur lequel Novopharm avait apposé la mention « confidentiel ». Cela soulève la question sérieuse de savoir si Novopharm avait des raisons valables de croire que l'AA demeurerait confidentiel et qu'il serait finalement désigné à ce titre, en raison de l'absence d'une telle désignation antérieure par la Cour en ce qui concerne l'ensemble d'un AA, en dehors du contexte lié au consentement.

[32] Les éléments qui précèdent distinguent tous la présente affaire des causes impliquant des renseignements qui sont généralement reconnus pour être de nature hautement délicate du point de vue de la concurrence, tels que les plans stratégiques et les plans d'affaires, les prix, les marges de profit, les démarches en vue de ventes, l'information commerciale, les factures de vente, les conditions et modalités des accords de licence, et le type de renseignement financier qui pourrait permettre aux concurrents d'avoir accès à la stratégie de vente ou de commercialisation d'une entreprise (la décision *Rivard Instruments, Inc. c. Instruments Idéal Inc.*, 2006 CF 1338, (2006), 54 C.P.R. (4th) 420, au paragraphe 17; la décision *Orange County*

Choppers Inc. c. Trio Selection Inc., 2006 CF 1122, aux paragraphes 4 et 5; et la décision *Lundbeck Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2007 CF 412, au paragraphe 19). Il semble être généralement admis que l'intérêt public dans la préservation de la confidentialité de ces renseignements délicats d'un point de vue de la concurrence l'emporte sur l'intérêt public à l'égard de la publicité.

[33] À mon avis, la protonotaire Milczynski n'a pas commis une erreur susceptible de révision en omettant d'évaluer de manière plus explicite la question de savoir si l'AA est un document confidentiel ou de conclure explicitement que l'AA est un document confidentiel. Elle n'était pas tenue de tirer une conclusion sur ce point, puisqu'elle avait conclu que Novopharm n'avait pas satisfait aux deux principaux volets du critère énoncé dans l'arrêt *Sierra Club*, précité, pour déterminer si un document doit être désigné comme confidentiel en vertu de l'article 151 des Règles.

[34] Même si elle a implicitement conclu que l'AA n'est pas un document confidentiel, je ne suis pas en mesure de conclure, compte tenu des circonstances de l'espèce, que cette conclusion était manifestement erronée, en ce sens qu'elle était fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise interprétation des faits.

(ii) *La protonotaire a-t-elle commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve quant à l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt important de Novopharm?*

[35] En tirant sa conclusion sur ce point, la protonotaire Milczynski a conclu à l'existence d'un certain nombre de problèmes importants relatifs à l'argument de Novopharm selon lequel le défaut de considérer comme confidentiel son AA menacerait gravement un intérêt commercial important, au sens du premier élément du premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Sierra Club*, précité. Plus précisément, elle soulignait ce qui suit :

Premièrement, il n'y a aucune preuve d'un risque sérieux pour l'avantage commercial de Novopharm en ce qui a trait à sa position sur le marché et à ce qu'elle espère être le moment de son entrée sur le marché. Novopharm présume qu'elle obtiendra gain de cause au regard de l'ensemble des cinq brevets visés en l'espèce, et elle formule des présomptions quant aux dates de son audience et de celle de Ratiopharm devant la Cour. Il se peut que Novopharm soit la première ou de justesse la deuxième sur le marché, mais il se peut aussi que tel ne s'avère pas le cas. De plus, il n'y a aucun élément de preuve, mis à part la confiance de Novopharm dans la qualité du produit de son propre travail, qui tende à indiquer que d'autres fabricants de produits génériques se bousculeront pour copier une partie quelconque de l'AA de Novopharm, en particulier lorsqu'il n'y a aucun élément de preuve indiquant que l'AA de Ratiopharm a attiré une attention aussi vive (ou aucun élément de preuve indiquant que l'AA de Ratiopharm ne devrait pas attirer une telle attention).

[36] Je ne peux pas conclure que cette conclusion était manifestement erronée. À mon avis, la protonotaire Milczynski n'a pas mal interprété les faits pertinents pour en arriver à cette conclusion et elle n'a pas fondé sa conclusion sur un mauvais principe.

[37] En effet, à mon avis, la conclusion que Novopharm n'a pas établi un risque réel et substantiel pour un intérêt important était tout à fait appropriée, particulièrement si on tient compte que (i) les éléments de preuve présentés relevaient entièrement de la conjecture et était en grande partie fondée sur des hypothèses non étayées et des affirmations imprécises (la décision *Abbott Laboratories Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*), 2005 CF 989, aux paragraphes 100 et 102); (ii) aucun élément de preuve n'a été présenté selon lequel l'AA de Ratiopharm, qui traite des mêmes brevets en cause dans la présente affaire et qui a été déposé plusieurs mois avant que Novopharm dépose le sien, avait attiré l'attention de fabricants de médicaments génériques concurrents du type que l'AA de Novopharm attirera, selon ce qu'elle prétend; et (iii) Novopharm n'a produit aucun élément de preuve convaincant pour démontrer que son AA serait d'un plus grand intérêt pour ces concurrents que l'AA de Ratiopharm. En bref, l'allégation de menace grave à l'intérêt commercial de Novopharm n'était pas « bien étayé[e] par la preuve » (*Sierra Club*, précité, à la page 542).

(iii) *La protonotaire a-t-elle commis une erreur en concluant que sa position concurrentielle ne peut pas être considérée comme un intérêt important selon le critère établi dans l'arrêt Sierra Club?*

[38] Je peux certainement compatir à la difficulté qu'éprouve Novopharm en acceptant, comme principe général, que la position sur le marché d'une entreprise ne puisse pas être qualifiée d'intérêt commercial important, au sens du critère énoncé dans l'arrêt *Sierra Club*, précité.

[39] L'économie de marché se distingue de l'économie dirigiste centralisée et des autres économies protégées ou fortement réglementées, précisément et peut-être surtout, parce que les entreprises de l'économie de marché sont beaucoup plus axées sur l'innovation et s'efforcent par ailleurs de mieux soutenir la concurrence afin d'améliorer ou, du moins, de protéger leurs positions sur le marché. Parmi les avantages pour le public qui découlent des efforts déployés par les entreprises pour améliorer leur position sur le marché, notons des prix plus compétitifs, des produits et services nouveaux ou améliorés, ainsi que des méthodes de production et des chaînes d'approvisionnement plus efficaces. En revanche, ces avantages entraînent généralement une augmentation de la croissance économique générale et de la productivité, ainsi qu'une augmentation du niveau de vie moyen des personnes qui vivent dans cette économie.

[40] Les préoccupations des entreprises quant à leur position sur le marché sont, par conséquent, à la base même de notre économie de marché, et il serait possible de soutenir qu'il s'agit d'une question importante d'intérêt public.

[41] Dans la mesure où la divulgation des renseignements confidentiels d'une entreprise dans le cadre d'une procédure judiciaire pourrait constituer une menace sérieuse à ses intérêts commerciaux, et ainsi nuire à sa position sur le marché, le défaut de la loi de reconnaître l'importance de protéger la confidentialité de ces renseignements pourrait avoir des

conséquences néfastes importantes sur l'intérêt public. Il en est ainsi parce qu'une telle omission pourrait avoir un effet dissuasif sur la volonté d'autres entreprises de faire valoir pleinement leurs droits dans le cadre de procédures judiciaires, en raison de leur préoccupation au sujet de l'incidence défavorable sur leur position sur le marché que peut avoir la divulgation de leurs renseignements confidentiels de nature délicate du point de vue de la concurrence. Par conséquent, à mon avis, la question de savoir s'il faut protéger la confidentialité de ces renseignements peut certainement être formulée en fonction d'un intérêt public à préserver la confidentialité, comme le prévoit l'arrêt *Sierra Club*, précité, à la page 544.

[42] Cependant, l'arrêt *Sierra Club* utilise un langage clair qui n'étaye pas un tel point de vue. À la page 544, l'arrêt précise qu'un intérêt « ne doit pas se rapporter uniquement et spécifiquement à la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité; il doit s'agir d'un intérêt qui peut se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité ». À titre d'exemple, l'arrêt précise qu'« une entreprise privée ne pourrait simplement prétendre que l'existence d'un contrat donné ne devrait pas être divulguée parce que cela lui ferait perdre des occasions d'affaires, et que cela nuirait à ses intérêts commerciaux ». À première vue, ces passages appuient la conclusion tirée par la protonotaire Milczynski selon laquelle la position sur le marché de Novopharm ne peut être qualifiée d'intérêt commercial important parce que cet intérêt est propre à Novopharm.

[43] Malgré ces passages, d'autres termes employés dans l'arrêt *Sierra Club* semblent étayer le point de vue que le préjudice causé à la position sur le marché d'une entreprise qui découlerait vraisemblablement de la divulgation des renseignements de nature délicate du point de vue de la concurrence de l'entreprise peut constituer un risque pour un intérêt commercial important. Plus précisément, à la page 546 de l'arrêt *Sierra Club*, la Cour suprême semble accepter que les renseignements confidentiels qui pourraient être d'intérêt pour les concurrents justifient une protection afin de prévenir qu'un risque sérieux pour un important intérêt commercial se produise.

[44] Ces derniers termes peuvent être réconciliés avec l'exemple précité, tiré de la page 544 de l'arrêt, dans la mesure où cet exemple est censé se limiter aux situations dans lesquelles la divulgation de renseignements confidentiels d'une entreprise peut entraîner la perte de certaines ventes, mais n'est pas susceptible d'avoir des conséquences négatives importantes sur la position de l'entreprise sur le marché. Citons comme exemple une situation où la divulgation d'un contrat de vente ou d'achat amènerait un fournisseur ou un client de la société divulgateuse à délaissier la totalité ou une partie des affaires qu'elle détient auprès de cette société divulgateuse en apprenant que la société a convenu de meilleures conditions avec un autre fournisseur ou client.

[45] Il n'est pas difficile d'imaginer un large éventail de scénarios mettant en jeu ce type de situation, dans lesquels la société en question pourrait perdre quelques ventes, mais ne

serait pas exposée à un risque quant à sa position sur le marché à un point tel qu'il serait considéré comme « sérieux ». Il s'agirait de scénarios dans lesquels la nature des renseignements fournis ne serait pas susceptible d'accorder aux concurrents de la société divulgatrice un avantage concurrentiel important, afin de les aider à accroître leur part de marché au détriment de la société divulgatrice.

[46] Cependant, il n'est pas clair que la Cour suprême, par les propos susmentionnés, qu'elle a tenus à la page 546 de l'arrêt *Sierra Club*, précité, entendait dire que la position d'une entreprise sur le marché peut être considérée comme un intérêt commercial important, au titre du deuxième élément du premier volet du critère établi dans cet arrêt. Par conséquent, je ne saurais conclure que la décision de la protonotaire Milczynski à cet égard était nettement erronée.

[47] Quoiqu'il en soit, sa conclusion voulant que Novopharm n'ait pas respecté ses obligations au titre du premier élément du premier volet du critère établi dans l'arrêt *Sierra Club* ne constituait pas un motif suffisant pour rejeter la requête de Novopharm.

(iv) *La protonotaire a-t-elle commis une erreur en faisant défaut de reconnaître que l'intérêt public à la publicité des débats judiciaires ne serait pas touché de façon préjudiciable en désignant l'AA de Novopharm NDA comme confidentiel?*

[48] Pour ce qui est du deuxième élément du critère établi dans l'arrêt *Sierra Club*, précité, la protonotaire Milczynski a conclu que les effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité proposée par Novopharm l'emporteraient sur tout effet bénéfique allégué. Je conclus qu'il lui était raisonnablement loisible de parvenir à cette conclusion selon les faits en l'espèce, compte tenu notamment (i) de l'incapacité de Novopharm de présenter une preuve convaincante pour établir cet effet bénéfique; et (ii) du fait que les effets préjudiciables auraient inclus :

- (a) une perspective très concrète des parties importantes de la principale procédure judiciaire en l'espèce, voire également des parties importantes des audiences interlocutoires, devant être tenues à huis clos;
- (b) de nombreux autres documents judiciaires devant être désignés comme confidentiels ou être expurgés; et
- (c) des conséquences négatives sur le droit à la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

[49] Dans l'ensemble, ces effets préjudiciables pourraient être très importants et seraient plus susceptibles de découler de la désignation de l'AA de Novopharm à titre confidentiel que des effets bénéfiques allégués par Novopharm.

[50] À mon avis, la désignation de l'ensemble de l'AA de Novopharm NDA à titre confidentiel pourrait donner lieu de façon importante à la perspective qui est d'« empêcher la divulgation d'un nombre excessif de renseignements » au public (*Sierra Club*, précité, à la page 541). C'est essentiellement ce que la protonotaire Milczynski a déclaré lorsqu'elle a conclu que « ce que Novopharm demande réduirait gravement l'importance et la valeur de la publicité des débats judiciaires et la nécessité de préserver la confiance du public dans l'intégrité de l'administration de la justice. »

[51] Un autre effet préjudiciable qui pourrait découler de l'ordonnance demandée par Novopharm est qu'il pourrait être difficile pour la Northwestern University de faire valoir son point de vue. Toute conséquence négative sur la capacité de la Northwestern University de soutenir sa cause, à titre de cotitulaire d'un des brevets qui est invalide selon ce que Novopharm a allégué, porterait atteinte à son droit à un procès équitable (l'arrêt *Sierra Club*, précité, à la page 549). À l'opposé, Novopharm n'a pas prétendu que le rejet de sa requête en confidentialité l'amènerait à ne pas divulguer des renseignements qui lui permettraient de faire valoir son point de vue.

[52] Il est également révélateur qu'aucun élément de preuve n'ait été produit pour tenter de démontrer que l'accessibilité publique aux AA a ralenti, et encore moins empêché, le dépôt d'AA.

[53] J'attribue très peu d'importance au fait que l'audience dans la décision *Merck - Frosst – Schering Pharma GP c. Canada (Santé)*, précitée, dans laquelle l'AA a été désigné comme confidentiel sur consentement, pourrait procéder sur la foi du dossier public.

B. La décision sur l'ordonnance portant sur les dépens

[54] Le paragraphe 400(1) des Règles confère à la Cour « le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens, de les répartir et de désigner les personnes qui doivent les payer ».

[55] Le paragraphe 400(3) des Règles énumère divers facteurs dont la Cour peut tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 400(1) des Règles. La protonotaire Milczynski a relevé plusieurs de ces éléments dans sa décision, y compris « la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abrèger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance » et « la question de savoir si une mesure prise au cours de l'instance [...] était inappropriée, vexatoire ou inutile ». Je ne peux conclure qu'il s'agissait là de facteurs qui pouvaient à juste titre être considérés en l'espèce. La protonotaire Milczynski n'a certainement

pas commis d'erreur manifeste en fondant sa décision sur ces facteurs et sur les autres facteurs mentionnés dans ses motifs en vue d'ordonner des dépens.

[56] Le paragraphe 401(1) des Règles confère au tribunal le « pouvoir discrétionnaire qui lui permet de condamner l'une ou l'autre des parties aux dépens de la requête, indépendamment du sort du principal » (*Singer c. Enterprise Rent-A-Car Co.*, 91 A.C.W.S. (3^d) 716, [1999] A.C.F. N° 1687 (C.A.), au paragraphe 6). Je conclus qu'en l'espèce, il était tout à fait approprié pour la protonotaire Milczynski d'adjuger les dépens contre Novopharm, plutôt que d'ordonner que cette dernière suive la cause. Là encore, elle n'a certainement pas commis d'erreur manifeste en prenant une telle décision.

[57] Le paragraphe 400(4) accorde à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'« adjuger une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés ». Je suis d'accord avec la déclaration du juge Hugessen dans la décision *Barzelex Inc. c. Ebn Al Waleed (The)*, [1999] A.C.F. n° 2002, au paragraphe 11 (T.D.), conf. par 2001 CAF 111, que « la Cour devrait en principe accorder pareilles sommes ». Je suis également d'avis que la décision d'accorder une somme forfaitaire en l'espèce était raisonnable et n'était pas manifestement erronée.

[58] Le paragraphe 401(2) accorde à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que les dépens soient payés sans délai lorsqu'elle « est convaincue qu'une requête n'aurait pas dû

être présentée ou contestée ». Dans ses motifs, la protonotaire Milczynski a expressément conclu que la requête de Novopharm n'aurait pas dû être présentée et qu'elle n'était pas fondée en ce qui concerne le critère énoncé pour les ordonnances de confidentialité en vertu de l'article 151 des Règles, comme l'a établi l'arrêt *Sierra Club*, précité. À mon avis, il lui était raisonnablement loisible de parvenir à ces conclusions et celles-ci n'étaient certainement pas manifestement erronées.

VII. Conclusions

[59] La présente requête est rejetée.

[60] Les dépens des requêtes ci-dessous sont payables conformément aux motifs de la protonotaire Milczynski.

[61] Quant aux dépens de la présente requête, je conclus que la requête n'aurait jamais dû être présentée. À mon avis, cette requête était abusive et vexatoire. Le refus de Novopharm d'accepter les ordonnances rendues dans le contexte des requêtes ci-dessous a contraint Pfizer et Northwestern à engager des frais additionnels importants afin de répondre à la présente requête. Par conséquent :

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. Des dépens de 5 000 \$ sont payables sans délai par Novopharm Limited à Pfizer.

Canada Inc. et à The Board of Regents for the University of Oklahoma.

2. Des dépens de 1 500 \$ sont payables sans délai par Novopharm Limited à

la Northwestern University.

« Paul S. Crampton »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1868-09

INTITULÉ : PFIZER CANADA INC. ET AL.
c. NOVOPHARM LIMITED ET AL.

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 9 JUIN 2010

MOTIFS DE L'ORDONNANCE

ET ORDONNANCE : LE JUGE CRAMPTON

DATE DES MOTIFS : LE 21 JUIN 2010

COMPARUTIONS :

Grant Worden

POUR LES DEMANDERESSES

Nicole Mantini

Barbara Murchie

POUR LA DÉFENDERESSE,

Jeilah Chan

NOVOPHARM LIMITED

Kavita Ramamoorthy

POUR LA DÉFENDERESSE,

NORTHWESTERN UNIVERSITY

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

TORYS LLP

POUR LES DEMANDERESSES

Toronto (Ontario)

Bennett Jones LLP

POUR LA DÉFENDERESSE,

Toronto (Ontario)

NOVOPHARM LIMITED

Ogilvy Renault

POUR LA DÉFENDERESSE,

Montréal (Québec)

NORTHWESTERN UNIVERSITY