

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20160108

Dossier : T-1888-15

Référence : 2016 CF 31

[TRADUCTION FRANÇAISE CERTIFIÉE, NON RÉVISÉE]

Ottawa (Ontario), le 8 janvier 2016

En présence de madame la protonotaire Mireille Tabib

ENTRE :

**GILEAD SCIENCES, INC.,
GILEAD SCIENCES CANADA, INC., ET
BRISTOL-MYERS SQUIBB et
GILEAD SCIENCES LLC**

demandeurs

et

TEVA CANADA LIMITÉE

défendeur

ORDONNANCE ET MOTIFS

[1] Teva Canada Limitée dépose cette requête de radiation de la demande introductive d'instance des demandeurs Gilead Sciences Inc., Gilead Sciences Canada Inc. et Bristol-Myers Squibb et Gilead Sciences LLC (collectivement « Gilead ») alléguant que celle-ci ne parvient pas à invoquer suffisamment de faits substantiels pour justifier une action en contrefaçon antérieure

ou pour justifier adéquatement une action *quia timet*. Gilead soutient que les faits invoqués sont suffisants et que, dans le cas contraire, Gilead devrait avoir la possibilité de les amender afin d'invoquer d'autres faits importants, notamment des faits qui ont été divulgués au cours de l'interrogatoire dans le cadre d'une action en justice distincte impliquant Gilead Sciences Inc. et Teva. À cette fin, Gilead Sciences Inc. a demandé une exemption à la règle de l'engagement tacite, en vertu de laquelle l'entreprise ne peut pas utiliser l'information obtenue lors d'un interrogatoire concernant un autre litige ou mené à une autre fin.

[2] Les parties ont convenu que les deux motions devraient être entendues ensemble. Pour les raisons énoncées ci-après, je suis convaincue que Gilead devrait être exempté de la règle de l'engagement tacite. J'ai également conclu que la demande introductive d'instance de Gilead, telle qu'elle existe actuellement, ne parvient pas à exposer suffisamment de faits substantiels pour justifier une action en contrefaçon antérieure ou en cours et qu'aucune des modifications proposées par Gilead ne doit être admise dans le but de remédier à ce défaut. En ce qui concerne l'action *quia timet*, la demande introductive d'instance, telle qu'elle existe actuellement, ne comporte pas non plus suffisamment de faits substantiels, mais je pense que les amendements qui sont proposés dans le dossier de requête de Gilead, jumelés à d'autres précisions quant à l'étendue des pertes que l'entreprise subirait, seraient suffisants pour justifier une action *quia timet* et que Gilead devrait avoir la possibilité d'apporter ces amendements.

I. Confidentialité

[3] Selon Teva, l'information en cause, qui avait été obtenue lors d'un interrogatoire, était confidentielle en vertu d'une ordonnance de protection émise lors de la procédure en question.

Cette ordonnance de protection régissait la façon dont les parties devaient traiter l'information qu'elles échangeaient entre elles, mais ne les autorisait pas à produire de l'information sous scellé sans tout d'abord démontrer à la Cour que ladite information méritait la protection d'une ordonnance de confidentialité. Teva a maintenant présenté une motion en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité visant l'information obtenue lors de l'interrogatoire en question. La nécessité de maintenir et d'appliquer la règle de l'engagement tacite, en soi, justifierait l'émission d'une ordonnance de confidentialité si la motion de Gilead devait être rejetée. Cependant, si Gilead devait obtenir une exemption à l'application de la règle de l'engagement tacite, les éléments de preuve déposés par Teva relativement à sa motion ne permettraient pas de justifier une ordonnance de confidentialité. Les éléments de preuve confirment seulement que Teva a toujours traité l'information comme de l'information confidentielle; ils ne permettent pas d'établir que leur divulgation causerait des torts graves à Teva. Teva a abandonné sa motion en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité; cependant, pour protéger l'information contre une divulgation prématurée advenant l'infirmité de l'appel de l'ordonnance visant à exempter Gilead de l'application de la règle d'engagement tacite, l'information obtenue lors de l'interrogatoire restera sous scellé jusqu'à ce que toutes les voies de recours aient été épuisées. Pour les mêmes raisons, j'ai évité d'aborder les détails précis de l'information en question obtenue lors d'un interrogatoire. Pour que l'on comprenne bien, il suffit de divulguer la nature générale de l'information.

II. Résumé des procédures

[4] Cette action s'insère dans une série de procédures impliquant les brevets canadiens portant les numéros 2298059 (le « brevet 059 ») et 2261619 (le « brevet 619 »), détenus par

Gilead Sciences, Inc. et couvrant, respectivement le fumarate de ténofovir disoproxil (FTD) et le ténofovir disoproxil (« TD ») même. Ces médicaments antiviraux sont commercialisés au Canada par Gilead Sciences Canada, Inc. sous les marques de commerce TRUVADA, ATRIPLA et VIREAD. Le brevet 059 expirera le 23 juillet 2018, tandis que le brevet 619 expirera le 25 juillet 2017.

[5] À la fin de 2011 et en 2012, Teva a signifié à Gilead des avis d'allégation visant les produits contenant du TDF, que l'entreprise a comparés aux TRUVADA, ATRIPLA et VIREAD, lesquels étaient associés aux deux brevets. Les avis d'allégation faisaient uniquement état de l'invalidité des brevets; ils ne renfermaient pas d'allégation d'absence de contrefaçon. Gilead a réagi en présentant des demandes d'ordonnance d'interdiction en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, en vue d'empêcher le ministre de la Santé d'émettre des avis de conformité à Teva relativement à ces produits avant l'expiration des brevets 059 et 619 (dossiers de la Cour numéros T-8-12, T-280-12 et T-1708-12).

[6] Alors que les procédures visant l'obtention d'une ordonnance de prohibition étaient toujours en instance, Teva a, en août 2012, présenté et signifié une demande sous le dossier T-1529-12 en vue d'obtenir une déclaration que les brevets 619 et 059 étaient non valables, nuls et sans force exécutoire. Cette action ne constitue pas une allégation ou une déclaration concernant l'absence de contrefaçon des brevets, mais allègue que Teva Canada constitue une partie intéressée parce que l'entreprise souhaite importer, fabriquer, utiliser et vendre au Canada du TDF ou des produits contenant du TDF. Les transcriptions de

l'interrogatoire que Gilead souhaite utiliser ont été produites dans le cadre de l'action en invalidation intentée en octobre 2013, à la suite de l'audience des procédures visant l'obtention d'une ordonnance de prohibition, mais avant qu'un jugement ne soit rendu.

[7] Le 20 décembre 2013, la Cour a émis une ordonnance de prohibition à l'endroit du ministre de la Santé lui interdisant d'émettre des avis de conformité à Teva avant l'expiration du brevet 619 dans chacun des dossiers de Cour T-8-12, T-280-12 et T-1708-12, mais elle a rejeté toutes les requêtes concernant le brevet 059. En conséquence, le ministre de la Santé pouvait émettre des avis de conformité à Teva dès le 25 juillet 2017, soit la date d'expiration du brevet 619.

[8] En dépit de cette décision, Teva n'a pas abandonné son action en invalidation, dossier de Cour T-1529-12, visant les deux brevets. Le procès devait débiter le 2 mars 2015. Les parties avaient été interrogées et les rapports d'experts ont été échangés en 2014. Le 17 décembre 2014, moins de trois mois avant le début attendu du procès, Teva a déposé et signifié un avis de désistement de l'action faisant l'objet du dossier T-1529-12, mais uniquement pour le brevet 059. Les plaidoiries n'ont pas été modifiées.

[9] En raison de la maladie grave dont a soudainement été victime l'un des principaux témoins experts à la mi-février 2015, le procès, qui devait initialement débiter le 2 mars 2015, a été ajourné. Il a été reporté au 28 novembre 2016.

[10] Le 9 novembre 2015, Gilead a intenté la présente action en vue d'obtenir une déclaration alléguant que Teva a violé dans le passé et violera à l'avenir le brevet 059. Teva a immédiatement demandé des détails, entre autres, sur les allégations de violation passée et en cours, ainsi que sur les allégations à l'effet que Teva envisage de commercialiser des produits contenant du TDF dès le 25 juillet 2017. Gilead n'a pas fourni de détails sur les circonstances entourant les violations passées, en cours ou futures, ce qui a incité Teva à déposer une requête de radiation de la demande introductive d'instance.

[11] Parallèlement, Gilead a également déposé une motion en vue d'amalgamer cette action avec l'action faisant l'objet du dossier T-1529-12, de manière à ce qu'elles soient entendues ensemble en novembre 2016. Cette motion doit être entendue sous peu par le juge qui présidera le procès faisant l'objet du dossier de Cour T-1529-12 si l'action de Gilead survit à cette requête de radiation.

III. Motion de Gilead en vue d'être exempté de l'application de la règle de l'engagement implicite

[12] Comme il est mentionné ci-dessus, dans cette affaire, Gilead allègue de façon générale que Teva compte importer et importera, fabriquera, utilisera et vendra au Canada des produits contenant du TDF avant l'expiration du brevet 059, en fait dès le 25 juillet 2017. Dans sa requête de radiation, Teva a obligé Gilead à présenter des faits importants spécifiques sur lesquels repose cette allégation, à défaut de quoi sa demande introductive d'instance sera radiée. Pour sa défense, Gilead souhaite utiliser une partie de la transcription de l'interrogatoire mené dans le cadre de l'action en invalidation portant le numéro de dossier T-1529-12.

[13] Dans le cadre de l'action en invalidation portant le numéro de dossier T-1529-12, Teva allègue spécifiquement constituer une partie intéressée parce que l'entreprise souhaite importer, fabriquer, utiliser et vendre au Canada du TDF ou des produits contenant du TDF et parce qu'elle doit « soit faire invalider les allégations pertinentes ou obtenir gain de cause dans sa requête en vertu de l'avis de conformité émis aux termes du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pour pouvoir vendre les produits Teva avant l'expiration des brevets 619 et 059 ». Les interrogatoires concernant cette action ont été menés à un moment où le brevet 059 constituait toujours un problème. L'interrogatoire préalable traite des intentions de Teva, ainsi que des mesures prises par l'entreprise pour donner suite à ces intentions, y compris la possibilité d'approbation des demandes d'avis de conformité qui ont été présentées au ministre de la Santé.

[14] L'engagement tacite de confidentialité empêche l'utilisation de l'information obtenue en interrogatoire, sauf dans le cadre du litige aux fins duquel elle a été divulguée. Il y a deux raisons à cela. D'une part, la règle existe pour protéger les intérêts de nature privée des personnes soumises à un interrogatoire, ainsi que pour maintenir l'équilibre entre l'intérêt public concernant l'obtention de la vérité lors d'une poursuite au civil et la préservation des droits des « participants réticents » au litige, en veillant à ce que l'invasion de leur vie privée se limite à l'objet du litige. D'autre part, la règle incite les parties à fournir des réponses plus complètes et plus franches lors d'un interrogatoire, là encore dans le but de promouvoir les intérêts de la justice, en leur donnant une certaine assurance que leurs documents et leurs réponses ne seront pas utilisés à des fins connexes ou ultérieures à l'instance (*Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, aux paragraphes 23 à 26; *Sanofi-Aventis Canada Inc. et al c. Apotex Inc.* 2008 CF 320, aux

paragraphe 16 et 17). Cependant, cette règle n'est pas absolue et la Cour se réserve le pouvoir de dispenser des personnes de leur obligation lorsqu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire.

[15] Au paragraphe 32 de l'affaire *Juman c. Doucette* précitée, la décision de la Cour suprême du Canada confirme que, pour qu'une demande de dispense soit acceptée, « la personne qui demande une modification ou une levée de l'engagement implicite doit démontrer au tribunal, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un intérêt public plus important que les valeurs visées par l'engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée et le déroulement efficace du litige civil ». Teva soutient que cette déclaration établit une norme plus stricte que celle qui avait été appliquée précédemment par les tribunaux. Je ne suis pas d'accord avec cette interprétation. Dans la discussion qui suit le paragraphe 32, la Cour suprême reconnaît explicitement que les règles de pratiques provinciales codifient de manière appropriée la *common law* à ce sujet et cite certains précédents qui, à son avis, renferment des conseils utiles sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Au paragraphe 38, la Cour suprême déclare expressément que les catégories d'intérêts publics supérieurs auxquels elle fait référence ne sont pas immuables.

[16] Dans *Juman*, l'une des catégories d'intérêts publics supérieurs auxquels la Cour suprême fait référence se présente lorsque le déposant a donné un témoignage contradictoire au sujet d'une même affaire au cours de procédures successives ou différentes. De l'avis de la Cour suprême « [u]n engagement implicitement reconnu par le tribunal (ou imposé par le législateur) dans le but de rendre un litige civil plus efficace ne doit pas permettre à un témoin de jouer au plus fin avec l'administration de la justice [...] Autrement, une personne accusée d'avoir commis

une infraction pourrait [TRADUCTION] [e]n toute impunité façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance ». Gilead soutient essentiellement que le même intérêt public supérieur est en jeu en l'instance, mais implique les positions adoptées par Teva, en tant que partie à ce litige, plutôt que le témoignage présenté par un témoin ou un accusé individuel. Je suis d'accord.

[17] Lorsque cela l'avantage, en tant que demandeur dans le cadre de l'action en invalidation portant le numéro de dossier T-1529-12, Teva se décrit publiquement comme une partie intéressée en s'appuyant sur des allégations explicites d'intention de commercialiser des produits contenant du TDF avant l'expiration des brevets en cause. Il est juste de dire que tous les faits que Teva a pu divulguer en interrogatoire pour illustrer ou étayer ces allégations l'ont été dans le but de promouvoir les propres intérêts de Teva dans ce litige. Aujourd'hui, alors que l'une de ces parties intente une poursuite contre Teva en s'appuyant sur la même intention déclarée, en étant parfaitement au courant des faits et du témoignage qui ont déjà été présentés dans le but d'appuyer ces allégations, Teva considère que Gilead ne peut satisfaire aux exigences d'une « action » « *quia timet* », « n'a aucun fondement sur lequel alléguer que Teva commercialisera des produits contenant du TDF », « spéculer seulement que Teva commercialisera ou a l'intention de commercialiser des produits contenant du TDF », « ignore totalement si Teva pourra accomplir les activités alléguées ou sera même capable de le faire » et « ne présente aucun fait important attestant que Teva compte et peut en fait commercialiser un produit contrefaisant si et lorsque l'entreprise recevra l'approbation réglementaire ». De l'avis de Gilead, la position adoptée par Teva ne peut être soutenue qu'en se basant sur la règle d'engagement tacite : si le témoignage que Teva a présenté à l'interrogatoire avait été soumis au procès ou n'avait pas été

assujetti à la règle d'engagement tacite, ce témoignage constituerait une base suffisante, sous forme d'admission par Teva, pour conclure que l'entreprise peut et commercialisera des produits contenant du TDF avant l'expiration du brevet 059. Dans ces circonstances, l'engagement tacite permettrait à Teva de jouer au plus fin avec l'administration de la justice et d'adapter la position que l'entreprise adopte dans de litige en fonction de ses besoins pour chaque procédure particulière.

[18] Dans cette affaire, les circonstances diffèrent de celles que l'on trouve dans *Juman*, *Carbone c. De La Rocha*, [1993] OJ n° 1113 ou *Goodman c. Rossi* [1995] OJ n° 1906. Dans ces litiges, le témoignage présenté à l'interrogatoire, que l'on cherchait à utiliser contre le témoin émetteur, avait été offert avec réticence et révélait des faits dont le requérant n'aurait jamais été informé en dehors du contexte de l'interrogatoire n'eut été de l'obligation ou de l'incitation à dévoiler l'information en toute transparence et dans son intégralité que la règle de l'engagement tacite vise à promouvoir. En l'occurrence, le témoignage donné à l'interrogatoire a servi à appuyer une allégation factuelle présentée de plein gré et publiquement par Teva dans son propre intérêt. La nature de l'information n'aurait pas nui à la requête de Teva, ni facilité la défense de Gilead; pour cette raison, si Teva avait refusé de répondre aux questions de l'interrogatoire se rapportant à son statut de personne intéressée, la sanction aurait sans doute été, non pas la contrainte ou la radiation de sa réponse, mais plutôt son incapacité de présenter des preuves attestant cette information sans l'autorisation de la Cour, en vertu de la règle 248. En fait, en prévision du procès, Teva a formellement demandé que Gilead admette son statut de personne intéressée et dépose un sommaire des dépositions indiquant que Teva confirmerait que « Teva commercialisera ses produits dès la réception de l'avis de conformité de Santé Canada ».

[19] L'élément de preuve en cause est le genre d'information que Teva aurait sans doute divulguée à Gilead, même en l'absence de la règle d'engagement tacite, car Teva devait le faire pour faire avancer sa cause. Dans son sommaire des dépositions, Teva a confirmé son intention de présenter un témoignage dans ce sens lors du procès. Maintenir la règle de l'engagement tacite dans ces circonstances permettrait tout simplement à Teva de retarder la divulgation publique de l'information que l'entreprise a toujours eu l'intention d'utiliser au procès et, ce faisant, de retarder la capacité de Gilead de l'utiliser. Teva utilise la règle d'engagement tacite pour jouer au plus fin avec l'administration de la justice en faisant la preuve dans le cadre d'une procédure que l'entreprise prouvera au procès son intention de commercialiser au Canada des produits contenant du TDF avant l'expiration des brevets 619 et 059, tout en alléguant qu'il n'existe aucun fondement factuel attestant cette même allégation lorsque c'est Gilead qui la présente. Je conclus que, en ce qui concerne l'intérêt public, la prévention de l'utilisation de la règle de l'engagement tacite à cette fin doit, dans le cas présent, prévaloir sur les valeurs que la règle de l'engagement tacite a pour objet de protéger en partie parce, que vu le témoignage en cause, il est clair que Teva n'était pas un « plaignant réticent » qui témoignait sous contrainte ou sous obligation de dévoiler l'information en toute transparence et dans son intégralité et n'était pas non plus à la recherche de la protection conférée par la règle de l'engagement tacite.

[20] Je constate également que, dans *Juman*, la Cour suprême a reconnu, au paragraphe 35 « que lorsque l'on cherche à utiliser, dans une seconde action, des renseignements dévoilés au cours de l'interrogatoire préalable tenu dans le cadre de la première action avec les mêmes parties ou des parties semblables et les mêmes questions en litige ou des questions semblables, le préjudice causé à la personne interrogée est quasi inexistant et l'autorisation sera généralement

accordée ». Même si la présente instance implique d'autres parties, notamment des sociétés affiliées de Gilead et de Bristol-Myers Squibb, la requête de ces plaignants supplémentaires, en tant que titulaires de brevets, en vertu de l'article 55 de la *Loi sur les brevets*, (L.R.C. (1985), ch. P-4), sont par conséquent des « parties similaires ». En outre, même si le présent procès porte sur la violation d'un brevet plutôt que sur une invalidation et que, par conséquent, il repose sur des causes d'action différentes, ces causes d'action sont de toute évidence reliées. Qui plus est, lorsqu'il s'agit de déterminer si Teva compte ou non commercialiser ses produits avant l'expiration des brevets 619 ou 059, ou les deux, la question étroite est non seulement semblable, elle est identique. Teva ne peut prétendre qu'il s'agit de deux questions différentes simplement parce que le présent procès ne vise que le brevet 059, alors que le procès T-1529-12 ne porte plus sur ce brevet : au moment de l'interrogatoire, le brevet 059 était directement en cause.

IV. Requête de radiation de Teva

[21] La déclaration de Gilead, telle qu'elle est actuellement rédigée, allègue uniquement la violation passée et actuelle en termes très vagues et très larges : [TRADUCTION] « Déjà avant le 3 novembre 2011, Teva importait et/ou fabriquait des composés pharmaceutiques, y compris des excipients acceptables, comprenant du TDF (...) », « Teva fabrique du TDF ou en fait fabriquer (...) ». Comme il est mentionné précédemment, Teva a rapidement demandé, sans les obtenir, des précisions sur les faits sur lesquels Gilead se fonde pour étayer ces allégations. La jurisprudence est claire; toute procédure en vertu de laquelle le plaignant dans une action en contrefaçon ne parvient pas à présenter des faits suffisamment importants pour démontrer que le défendeur a, selon toute vraisemblance, violé un brevet et qui s'appuie uniquement sur de simples conclusions de violation ou sur le simple fait que la compagnie pharmaceutique

défenderesse a demandé l'approbation réglementaire de commercialiser un médicament constitue un abus de procédure et doit être radiée (*Apotex Inc. et al. c. Allergan Inc. et al.*, 2011 CAF 134; *Astrazeneca Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2010 CAF 112).

[22] Dans leur forme actuelle, il est évident et manifeste que les allégations de Gilead de violation passées ou en cours doivent être radiées. La question qui se pose alors est de déterminer si les amendements proposés par Gilead pour remédier à ce défaut doivent être alloués.

[23] Les amendements proposés revêtent deux formes. La première repose sur l'intention déclarée de Teva d'accéder au marché canadien, dès que l'entreprise aura obtenu un avis de conformité, pour conclure que Teva doit détenir « les réserves suffisantes du produit fini ». La seconde est fondée sur le témoignage à l'interrogatoire contenu dans le dossier de Cour T-1529-12, lequel renferme, on le présume, des admissions d'activités de violation. J'abonde dans le sens de Teva à l'effet que les nouvelles allégations proposées, qui revêtent la première forme, sont entièrement spéculatives. Même en supposant qu'il est raisonnable de laisser entendre, selon l'intention déclarée de Teva, que l'entreprise dispose de quantités suffisantes du produit fini, il n'y a tout simplement aucune base crédible, ni dans la plaidoirie modifiée que l'on propose, ni dans la transcription de l'interrogatoire, pour arguer que Teva a en fait fabriqué ou accumulé au Canada des quantités commerciales du produit violé. Dans des circonstances similaires, à savoir *Teva Canada Limitée c. Novartis AG*, (dossier T-2021-10 de la Cour fédérale, 12 août 2011, maintenant sous 2016 CF 18), j'ai soutenu que [TRADUCTION] « [la] disponibilité n'est pas synonyme de possession réelle; pris dans ce contexte, le terme *disponible* sous-tend davantage qu'il est possible d'obtenir le produit que d'avoir réellement le

produit en sa possession. Il faut faire la distinction entre les faits allégués dans *Allergan Inc. et al. c. Apotex Inc. et al.*, non publié, dossier de la Cour fédérale T-1267-10, 9 novembre 2010, confirmé dans 2011 CAF 134, où on allègue spécifiquement qu'Apotex a mentionné dans sa requête auprès de la DFA aux États-Unis que l'entreprise avait fabriqué et utilisé le produit au Canada et qu'elle avait obtenu l'autorisation provisoire de fabriquer le produit au Canada. » L'affaire aux présentes est identique. Les amendements qui sont proposés ne constituent rien de plus que de simples spéculations et ne doivent pas être admis.

[24] En ce qui concerne la demande d'amendement présentée par Gilead en vue d'invoquer les admissions alléguées de violation faites par Teva lors de l'interrogatoire dans le cadre du dossier T-1529-12, je suis satisfaite que les amendements proposés déforment le témoignage et, en conséquence, que la cause de la justice ne serait pas servie si l'on permettait à Teva de récupérer la plainte de Gilead alléguant la violation passée et en cours. Un examen judiciaire de la transcription de l'interrogatoire montre que Teva n'a admis aucune activité non conforme aux exigences réglementaires concernant la préparation et la soumission de sa présentation abrégée de drogue nouvelle, laquelle est spécifiquement exemptée en vertu de l'alinéa 55.2 de la *Loi sur les brevets*. Dans *Eli Lilly Canada Inc. et al. c. Nu-Pharm Inc.*, 2011 CAF 255, on a soutenu que les allégations d'une telle conduite ne suffisent pas pour valider une poursuite pour violation passée ou en cours.

[25] J'aborde maintenant les allégations de violation future présentées par Gilead. La jurisprudence reconnaît habituellement et applique le critère ci-après lorsqu'il s'agit d'engager une procédure *quia timet* alléguant la violation d'un brevet, comme le montre *Connaught*

Laboratories Limited c. SmithKline Beecham Pharma Inc. [1998], CAF n° 1851 : « la déclaration doit alléguer une intention exprimée et délibérée de s'engager dans une activité dont le résultat implique une forte possibilité de contravention; il doit être allégué que l'activité en question est imminente et que le préjudice en résultant est très important, sinon irréparable; et, finalement, les faits plaidés doivent être pertinents, précis et déterminants ». Des allégations vagues, ne portant que sur une intention ou relevant de la pure spéculation, ne suffisent pas. »

[26] Sous son libellé actuel, la déclaration de Gilead repose sur des allégations faites par Teva dans le dossier T-1529-12 relativement à des intentions exprimées de commercialiser des produits contenant du TDF avant l'expiration des brevets 059 et 619, ainsi que sur des caractéristiques de droit particulières à cette affaire, notamment l'introduction par Teva d'une action en invalidation pendant qu'une ordonnance de prohibition est en cours, à la suite de laquelle Teva pourrait recevoir un avis de conformité dès l'expiration du brevet 619, ou plus tôt si Teva a gain de cause, et la décision de Teva d'interrompre l'action en invalidation concernant le brevet 059 et la maintenir relativement au brevet 619, sans égard à l'ordonnance de prohibition. Toutefois, dans sa forme actuelle, la déclaration ne fait aucune mention de la capacité de Teva de mettre à exécution son intention déclarée, notamment en ce qui concerne la situation entourant l'approbation de sa présentation abrégée de drogue nouvelle. La situation précise s'apparente beaucoup à celle de *Teva Canada Limited c. Novartis AG*, citée ci-dessus : dans une action en invalidation, Teva s'était déclaré une partie intéressée en raison de son intention de commercialiser des comprimés imatinib au Canada et, pour le faire avant l'expiration du brevet en cause, avait précisé que l'entreprise avait contesté avec succès les revendications relatives au brevet ou sa requête en vertu du *Règlement sur les médicaments*

brevetés (avis de conformité) avait été accueillie, ce que l'entreprise tentait d'accomplir à un moment où il ne restait plus que quelques années avant l'expiration du brevet. Comme dans le cas présent, la déclaration relative à la procédure *quia timet* ne renfermait aucune allégation concernant la possibilité que le produit imatinib de Teva soit homologué. Dans cette affaire, j'ai conclu que Novartis avait satisfait le critère relatif à l'intention exprimée, l'entreprise n'était pas parvenue à satisfaire le critère visant l'aspect temporel :

(...) Même si Teva avait soutenu que le moment exact de la commercialisation dépendait toujours de la décision que prendrait la société, les allégations d'intention exprimée, d'une capacité à possiblement entreprendre des activités de violation, jumelées à la conduite récente de Teva, évoquaient une raison d'être et un sentiment d'urgence qui allaient bien au-delà de la simple possibilité. Dans les circonstances, les allégations d'action réciproque sont plus que suffisantes pour satisfaire ce critère. En fait, il semble que ces allégations d'intérêt exprimé étaient précisément ce qui manquait dans *Connaught Laboratories*.

Dans cette affaire, c'est sur ce dernier critère qu'ont échoué les allégations de Novartis. Novartis ne prétend pas que la requête de Teva en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* a été approuvée et/ou est « en suspens pour cause de brevet » attendant simplement le règlement de l'ordonnance de prohibition ou l'expiration du brevet. En conséquence, Teva soutient que l'imminence alléguée de la violation est spéculative, car elle dépend de l'obtention de l'avis de conformité de Santé Canada.

Cet argument particulier a été déterminant dans *Pfizer Research and Development Co. N.V./S. A. c. Lilly ICOS LLC*, (2003) 20 7C. P. R. (4th) 86 :

[TRADUCTION] « Les demandeurs n'ont pas démontré l'aspect temporel du critère visant l'introduction d'une procédure *quia timet*. Ni l'une ni l'autre des parties n'a de contrôle sur le moment où le gouvernement homologuera le produit ou même sur la possibilité qu'il le fera. À mon avis, les demandeurs n'ont pas présenté de faits pour étayer leur allégation à l'effet que les défendeurs s'apprêtent à se livrer à des activités de violation de

façon imminente. La motion en vue de radier intégralement la déclaration amendée est accordée, car les demandeurs n'ont pas plaidé correctement une procédure *quia timet*, il est évident que la plaidoirie ne montre aucune cause d'action raisonnable. »

Cette décision est également citée et appliquée dans *Astrazeneca Canada Inc. v. Novopharm Limited, supra*. Je suis tenue de suivre ces précédents.

[27] Je conclus que, même sans les amendements qui sont proposés par Gilead, la déclaration allègue, au moyen de faits convaincants, précis et importants, une intention exprimée délibérée de se livrer à une activité qui pourrait fort bien s'avérer une violation. Cependant, sans les amendements qui sont proposés, la déclaration de Gilead présente les mêmes lacunes que dans l'affaire Novartis : absence d'allégations voulant que la requête de Teva en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* soit accueillie et émission d'un avis de conformité dès l'expiration du brevet 619 ou dès que celui-ci sera déclaré invalide; déclaration qui ne présente pas suffisamment de faits importants pour démontrer que la violation est imminente; violation qui reste spéculative et qui dépend de l'approbation ou du rejet par Santé Canada de la requête en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, ainsi que du moment où Santé Canada le fera.

[28] Comme il est mentionné, le statut de la présentation abrégée de drogue nouvelle par Teva a fait l'objet d'un interrogatoire dans le dossier T-1529-12 et Gilead, étant désormais exempté de la règle de l'engagement tacite, propose d'amender sa déclaration dans le but de présenter des faits importants relativement à cette affaire. Je conclus que la preuve offerte à l'interrogatoire et les amendements qui sont proposés sont suffisamment convaincants, précis et importants pour

satisfaire le critère de l'imminence et que Gilead doit pouvoir apporter les amendements proposés.

[29] Inversement, advenant la non-exemption de l'application de la règle de l'engagement tacite, Gilead a soutenu à l'audience que les circonstances factuelles ci-après permettent raisonnablement de conclure que les requêtes de Teva peuvent être approuvées : en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, Teva devait avoir soumis ses présentations abrégées de drogue nouvelle avant la signification de ses avis d'allégation, ou en même temps que ceux-ci, de telle sorte que les présentations abrégées de drogue nouvelle auraient été déposées au plus tard en 2012; compte tenu des délais visant les requêtes en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, une décision quant à la possibilité d'approbation est généralement prise dans les deux ans, ce qui signifie que Teva saurait obligatoirement maintenant si ses requêtes ont été accueillies; comme Teva maintient son action en invalidation et continue à affirmer son intention de commercialiser ses produits dès l'expiration du brevet 619 ou dès que celui-ci sera déclaré invalide, Teva doit nécessairement avoir reçu la confirmation que ses présentations abrégées de drogue nouvelle peuvent être approuvées et que le brevet est en suspens. J'admets que, mises ensemble et même si elles ne sont pas concluantes, ces circonstances pourraient former un ensemble de faits suffisamment convaincants, précis et importants pour que l'on puisse raisonnablement arguer et conclure qu'au moins une de ses présentations abrégées de drogue nouvelle ne fait toujours pas l'objet d'un brevet, attendant simplement l'expiration du brevet 619 ou son invalidation. Même si j'ai eu tort en permettant à Gilead de s'appuyer sur le témoignage pour amender ses plaidoiries, j'aurais permis à l'entreprise d'apporter des amendements en vue de faire ressortir les circonstances

abordées ci-dessus en tant que faits importants montrant que Teva commercialisera des produits contenant du TDF au minimum dès juillet 2017.

[30] Un cas présenté de cette manière serait circonstanciel et pourrait être contesté; cependant, à cette étape Gilead n'a guère qu'à plaider une cause que l'on peut raisonnablement défendre. Il faut prendre garde d'éviter que les requêtes en radiation dont les défendeurs ne sont pas parvenus à contester les faits substantiels ne soient transformés en spectacle où le demandeur doit démontrer le bien-fondé de sa cause, surtout lorsque, comme dans le cas présent, le demandeur ne s'appuie pas sur ses propres éléments de preuve.

[31] Enfin, je pense que la probabilité que la violation se produise en juillet 2017 est suffisante pour justifier une procédure *quia timet*. La raison d'être d'une procédure *quia timet* est d'empêcher un événement de se produire avant qu'il ne soit trop tard. Comme les actions en contrefaçon simplifiée peuvent maintenant être entendues et réglées en deux ans, il n'est ni prématuré ni inutile d'intenter une telle action 22 mois avant l'occurrence de l'événement que l'on cherche à éviter. Demander à un plaignant d'attendre jusqu'à ce que l'événement soit si imminent qu'il n'y aura pas suffisamment de temps pour mener raisonnablement la procédure à sa conclusion aurait pour effet d'empêcher de telles procédures d'atteindre le but visé ou d'imposer des échéanciers excessivement serrés aux parties et à la Cour.

[32] Le seul critère qu'il reste à examiner est celui du « tort substantiel sinon irréparable ». De toute évidence, les allégations de tort irréparable pourraient satisfaire ce critère; le tort irréparable n'étant pas une exigence, les allégations de tort substantiel suffiront. La jurisprudence

n'indique pas ce qui constituerait un tort suffisamment grave pour justifier une procédure *quia timet*.

[33] La déclaration allègue uniquement que Gilead sera privé de l'exclusivité légale sur son invention, que l'entreprise subira des dommages dépassant 50 000 \$ et que Teva réalisera un profit.

[34] Tout acte de contrefaçon avéré constitue une privation des droits d'exclusivité qui reviennent au titulaire d'un brevet. Comme dans *Connaught Laboratories* la Cour a expressément inclus le tort comme exigence obligatoire d'une procédure *quia timet* pour violation d'un brevet, il est clair qu'elle n'a pas considéré la privation des droits d'exclusivité comme un tort irréparable ou substantiel en soi. En outre, même si le titulaire d'un brevet choisit de réclamer les profits réalisés par le contrefacteur, les profits d'un contrefacteur ne constituent pas nécessairement un tort pour le titulaire d'un brevet, et ce, peu importe leur magnitude. Donc, la seule allégation qui subsiste dans la déclaration de Gilead est que l'entreprise subira des dommages dépassant 50 000 \$ (un montant qui ne reflète sans doute pas l'ampleur des dommages, mais le fait que la poursuite ne devrait pas se résumer à une procédure simplifiée). De toute évidence, l'allégation n'est ni suffisamment précise ni suffisamment convaincante pour satisfaire aux exigences établies dans *Connaught*. Les amendements proposés par Gilead n'incluent aucun détail plus précis quant à l'ampleur de la perte anticipée. Même si Teva a généralement demandé les détails du paragraphe 49 de la déclaration originale (laquelle énonce les conséquences que pourrait avoir, de par sa nature, la violation préméditée), l'entreprise n'a pas demandé les détails du paragraphe 51 (lequel confirme que les dommages anticipés

dépasseront 50 000 \$). Compte tenu des dépens substantiels qu'il faudrait engager pour intenter des actions aussi complexes, je soupçonne que, si l'on pouvait obtenir une estimation plus détaillée des dommages que Gilead anticipe si Teva devait violer le brevet 059, le montant serait de loin supérieur à 50 000 \$. Je pense que Gilead devrait avoir la possibilité d'amender sa déclaration, afin d'y décrire en détail la perte monétaire que l'entreprise pourrait subir en raison de la violation alléguée et laisser Teva démontrer que le montant détaillé reste insuffisant pour satisfaire le critère de tort « substantiel, sinon irréparable ».

V. Dépens

[35] La requête de Gilead en vue d'être exempté de la règle de l'engagement tacite a été accueillie et devrait assumer les dépens de cette motion. Comme le succès de la requête de radiation de Teva est mitigé, il n'y aura pas de dépens.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. Que Gilead soit exempté de la règle d'engagement tacite, en ce qui concerne les extraits des transcriptions des interrogatoires cités dans son dossier de requête.
2. Les transcriptions des interrogatoires et l'information qu'elles renferment resteront scellées jusqu'à ce que toutes les voies de recours citées au premier paragraphe de la présente ordonnance aient été épuisées et, à ce moment, à moins que la Cour n'émette une autre ordonnance, les scellés seront levés.
3. La déclaration de Gilead, en ce qui concerne ses allégations de violations passées ou actuelles, est par les présentes radiée sans possibilité d'amendement.
4. Gilead amendera sa déclaration pour en retirer les allégations de violations passées ou en cours et pour ajouter les amendements énoncés dans la proposition de déclaration amendée qui est incluse dans son dossier de requête, sauf les sous-alinéa 7A(a) et (b), les mots entre parenthèses au sous-alinéa 7A(c), le texte qui débute après la première utilisation du mot « admis » et qui se termine par la seconde utilisation du mot « admis » à l'alinéa 45(A) et à l'alinéa 45B.
5. Gilead amendera également sa déclaration pour y ajouter des détails sur le montant des dommages que l'entreprise s'attend à subir si Teva commercialise ses « produits Teva » avant l'expiration du brevet 059.

6. Teva pourra soumettre une nouvelle requête en vue de faire radier la déclaration en soutenant que les détails devant être fournis n'allèguent pas des faits suffisamment importants de tort substantiel.
7. Teva devra dédommager Gilead pour les coûts de la requête en vue d'être exempté de la règle d'engagement tacite.

« Mireille Tabib »

Protonotaire

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1888-15

INTITULÉ : GILEAD SCIENCES, INC., GILEAD SCIENCES
CANADA, INC., ET BRISTOL-MYERS SQUIBB et
GILEAD SCIENCES LLC c. TEVA CANADA LIMITÉE

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 16 DÉCEMBRE 2015

ORDONNANCE ET MOTIFS : LA PROTONOTAIRE TABIB

DATE DES MOTIFS : LE 8 JANVIER 2016

COMPARUTIONS :

BRIAN DALEY POUR LES DEMANDEURS
SOFIA LOPEZ BANCALARI

JONATHAN STAINSBY POUR LE DÉFENDEUR
SEAN JACKSON

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Norton Rose Fulbright Canada POUR LES DEMANDEURS
S.E.N.C.R.L. BRIAN DALEY
Avocats-procureurs SOFIA LOPEZ BANCALARI
Toronto (Ontario)

Aitken Klee S.E.N.C.R.L. POUR LE DÉFENDEUR
Avocats-procureurs
Toronto (Ontario)