

Date : 20101130

Dossier : T-1161-07

Référence : 2010 CF 1210

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 30 novembre 2010

En présence de madame la juge Simpson

ENTRE :

**SANOFI-AVENTIS CANADA INC., et
SANOFI-AVENTIS DEUTSCHLAND GmbH**

demandereses

et

TEVA CANADA LIMITÉE

défenderesse

ET ENTRE :

TEVA CANADA LIMITÉE

demanderesse

reconventionnelle

**SANOFI-AVENTIS CANADA INC., et
SANOFI-AVENTIS DEUTSCHLAND GmbH**

**défendeurs
reconventionnels**

MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT

[1] Les présents motifs concernent deux requêtes présentées conformément à l'article 51 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, interjetant toutes deux appel d'une ordonnance de la protonotaire Martha Milczynski (la protonotaire) datée du 12 février 2010 (la décision).

[2] Dans le premier appel, la demanderesse reconventionnelle, Teva Canada Inc. (Teva) (anciennement Novopharm Limited) interjette appel de la troisième défense et demande reconventionnelle modifiée datée du 10 décembre 2008 (la demande reconventionnelle de Teva) qui portait sur une demande de dommages-intérêts pour la perte permanente de part de marché.

[3] Dans le second appel, Sanofi-Aventis Canada Inc. (Sanofi Canada) et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (Sanofi Allemagne) interjettent appel de refus de la protonotaire de rejeter intégralement la demande reconventionnelle de Teva contre Sanofi Allemagne.

[4] Il s'agit d'une action à gestion spéciale instruite par la protonotaire.

[5] Ces appels ont été entendus en même temps qu'un appel connexe dans l'action T-1357-09. Étant donné que les deux dossiers n'ont pas été officiellement regroupés, j'ai rendu des motifs distincts traitant de l'appel dans l'autre action.

LE CONTEXTE FACTUEL

[6] Les appels en l'espèce découlent du régime de réglementation créé par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Dans sa décision du 22 février 2010 dans le dossier connexe, T-1357-09, aux pages 4 et 5, la protonotaire résume le régime de la façon suivante : Elle a dit :

[TRADUCTION]

Avant de vendre une « drogue nouvelle » au Canada, un fabricant (que ce soit un « innovateur » ou un fabricant de médicaments génériques) doit présenter une demande et obtenir un avis de conformité (un « AC ») du ministre fédéral de la Santé. La délivrance d'un AC constitue l'autorisation de commercialiser une drogue nouvelle et signifie que le ministre est convaincu que la drogue nouvelle est sûre et efficace pour la consommation humaine.

En vertu du (Règlement), le fabricant de drogues innovantes peut présenter une liste de brevets au ministre de la Santé à l'égard de toute nouvelle présentation de produits médicamenteux pour laquelle l'innovateur a reçu un AC. Cette liste peut inclure un ou

plusieurs brevets contenant des revendications pour le médicament contenu dans le produit médicamenteux ou pour les utilisations figurant dans la présentation approuvée.

Lorsqu'un fabricant de médicaments génériques demande un AC et qu'il a comparé son produit médicamenteux qui contient un médicament particulier avec le produit médicamenteux d'un innovateur qui contient le même médicament et pour lequel un AC a été délivré, le fabricant de médicaments génériques doit soit a) accepter que l'AC ne lui soit pas délivré jusqu'à l'expiration du ou des brevet(s); soit b) fournir à l'innovateur un avis d'allégation à l'égard de chaque brevet inscrit pertinent, indiquant que le brevet a expiré, que le brevet n'est pas valide ou que la fabrication, l'utilisation ou la commercialisation du médicament générique ne contreviendra pas à une revendication quelle qu'elle soit du ou brevet(s) pertinent(s).

À la réception d'un avis d'allégation, le fabricant de drogues innovantes peut, dans les 45 jours, introduire une instance en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un AC pour le médicament générique jusqu'à l'expiration du ou des brevet(s). En attendant l'issue de la procédure d'interdiction ou l'expiration de la période de 24 mois suivant le début de la procédure, selon le premier de ces événements, le ministre ne peut délivrer l'AC au fabricant de médicaments génériques. Cette période de temps est appelée le « sursis automatique », laquelle empêche un fabricant de médicaments génériques de commercialiser son produit médicamenteux, et dans la mesure où un innovateur n'a pas gain de cause dans la procédure d'interdiction et que le fabricant de médicaments génériques reçoit finalement un AC, le fabricant de médicaments génériques peut déposer une demande en dommages-intérêts en vertu de l'article 8 du (Règlement).

[7] En l'espèce, Sanofi Canada a déposé les présentations de drogue nouvelle et les listes de brevets requises, et a obtenu un AC afin de commercialiser et de vendre le Ramipril, un inhibiteur de l'ECA utilisé dans le traitement de l'hypertension. Teva a demandé son propre AC pour le Ramipril en 2001 et, en 2005, elle a présenté des avis d'allégation.

[8] Sanofi Canada a réagi en instituant deux procédures d'interdiction contre Teva. Ces deux procédures ont finalement été rejetées par la Cour d'appel fédérale, qui a statué que chacune d'entre elles constituait un abus de procédure. Un AC a été délivré à Teva le 2 mai 2007.

[9] Sanofi Canada a alors institué une action contre Teva prétextant la contrefaçon de l'un des brevets pertinents (l'action en contrefaçon). Cette action a finalement été rejetée par la juge Judith Snider dans un jugement daté du 29 juin 2009.

LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE DE TEVA

[10] Dans l'intervalle, le 17 septembre 2007, Teva a déposé une demande reconventionnelle dans l'action en contrefaçon et a désigné Sanofi Canada, Sanofi Allemagne et la Schering Corporation à titre de défenderesses reconventionnelles. Par la suite, le 14 août 2008, la demande reconventionnelle de Teva a été suspendue par la protonotaire en attendant l'issue de l'action en contrefaçon. Le sursis est maintenant levé et la demande reconventionnelle de Teva est déposée.

[11] La demande reconventionnelle de Teva sollicite des dommages-intérêts en vertu de l'article 8 du Règlement. L'article dispose que si une « première personne » sollicite une ordonnance d'interdiction et que la demande est retirée, fait l'objet d'un désistement ou est rejetée par le tribunal, « la première personne » est responsable envers la « seconde personne » de toute perte subie au cours de la période de sursis automatique. Il n'est pas contesté que Teva est la « seconde personne » et a le droit de porter plainte contre une « première personne ».

[12] L'expression « première personne » est définie à l'article 2 du Règlement comme la personne visée au paragraphe 4(1) ». De son côté, le paragraphe 4(1) du Règlement décrit la « première personne » comme étant celle qui dépose la présentation de drogue nouvelle et qui peut présenter au ministre une liste de brevets qui se rattache à la présentation.

[13] Il n'est pas contesté que Sanofi Canada a déposé une présentation de drogue nouvelle et une liste de brevets pour le Ramipril, et est donc une « première personne ». De plus, il n'est pas contesté que Sanofi Allemagne n'a pas déposé l'un ou l'autre document. Cependant, Teva Sanofi soutient que Sanofi Allemagne est responsable en tant que « première personne » en raison du contrôle qu'elle a exercé sur Sanofi Canada. À cet égard, Teva plaide ceci au paragraphe 143 A de sa demande reconventionnelle :

[Teva Sanofi] indique que Sanofi Allemagne exerce un contrôle total sur les activités de Sanofi Canada et ajoute que ces activités étaient toutes gérées, sollicitées ou autrement contrôlées par Sanofi Allemagne qui utilisait Sanofi Canada comme instrument. Les activités de Sanofi Canada et de Sanofi Allemagne faisaient

toutes partie d'une entreprise commune exploitée par Sanofi Canada sous la direction et pour le compte de Sanofi Allemagne. En conséquence, les activités de Sanofi Canada doivent en droit et en equity être traitées au même titre que les activités de Sanofi Allemagne qui, par conséquent, est également responsable envers [Teva].

[14] Teva réclame des dommages-intérêts contre Sanofi Canada et Sanofi Allemagne sous différents chefs. Celle qui est pertinente au présent appel est une demande en dommages-intérêts pour perte permanente de la part de marché de Teva. À cet égard, Teva plaide ceci aux paragraphes 135, 136 et 143 de sa demande reconventionnelle :

[TRADUCTION]

Le début des instances relatives à l'avis de conformité a entraîné la diminution des ventes et une perte permanente de la part de marché pour Novopharm concernant ses gélules Novo- Ramipril.

De plus, [Teva] n'a pu accroître sa réputation de manière significative en présentant de nouveaux produits avant ses concurrents. Conséquemment à cette mise en marché tardive, Novopharm n'a pas pu augmenter ses ventes pour ses produits autres que le Ramipril.

[...]

De plus, au cours des périodes où [Teva] a été retardée par les défenderesses en raison de leur demande reconventionnelle, Apotex a reçu un AC pour ses capsules de Ramipril de 1,25, 2,5, 5 et 10 mg. Si [Teva] avait reçu son approbation le même jour qu'Apotex et Ratiopharm, [Teva] aurait eu une part de marché supérieure à celle qu'elle possède actuellement. De plus, [Teva] ne pourra pas s'approprier un plus grand pourcentage des parts de marché en raison de son entrée tardive. Par conséquent, [Teva] demande également des dommages-intérêts pour la part de marché perdue.

LA DÉCISION DE LA PROTONOTAIRE

[15] Sanofi Canada et Sanofi Allemagne (collectivement « Sanofi ») et la Schering Corporation ont sollicité, entre autres, des ordonnances rejetant la demande reconventionnelle de Teva à l'encontre de tous les défendeurs autres que Sanofi Canada, et une ordonnance radiant les parties de la demande reconventionnelle de Teva concernant sa demande pour perte de part de marché.

[16] La protonotaire a rejeté l'action instituée contre la Schering Corporation, et cette partie de la décision n'est pas contestée. Cependant, la protonotaire a refusé de rejeter la demande reconventionnelle contre Sanofi Allemagne, en se fondant sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.*, 2004 CAF 358 (*Lilly 2004*). Sanofi interjette aujourd'hui appel de cet aspect de la décision (l'« appel de Sanofi »).

[17] De plus, s'appuyant sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 187, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [2009] C.S.C.R. n° 347 (*Merck 2009*), la protonotaire a conclu que la demande de Teva pour la perte permanente de sa part de marché ne révélait aucune cause d'action valable. En conséquence, elle a radié les parties suivantes de la demande reconventionnelle de Teva :

- a) La phrase [TRADUCTION] « et une perte permanente de part de marché » au paragraphe 135;
- b) L'intégralité du paragraphe 136;
- c) Les deux dernières phrases du paragraphe 143.

[18] Teva interjette maintenant appel de cet aspect de la décision (l'« appel de Teva »).

LES QUESTIONS EN LITIGE

[19] Les questions soulevées dans l'appel de Sanofi sont les suivantes :

- (i) Quelle est la norme de contrôle?
- (ii) La demande reconventionnelle de Teva devrait-elle être présentée à l'encontre de Sanofi Allemagne?

[20] Les questions soulevées dans l'appel de Teva sont les suivantes :

- (i) Sanofi devrait-elle être autorisée à contester la demande reconventionnelle de Teva une deuxième fois?

- (ii) Quelle est la norme de contrôle?

- (iii) La demande en dommages-intérêts de Teva pour la perte permanente de part de marché révèle-t-elle une cause d'action valable?

L'APPEL DE SANOFI

Question en litige Quelle est la norme de contrôle?

[21] Les parties conviennent que le critère à appliquer quant au contrôle d'une décision discrétionnaire rendue par un protonotaire est le critère reformulé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Merck & Co. Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488 (*Merck 2003*), au paragraphe 19.

Dans cet arrêt, la Cour a déclaré ce qui suit :

Afin d'éviter la confusion que nous voyons parfois découler du choix des termes employés par le juge MacGuigan, je pense qu'il est approprié de reformuler légèrement le critère de la norme de contrôle. Je saisisrai l'occasion pour renverser l'ordre des propositions initiales pour la raison pratique que le juge doit logiquement d'abord trancher la question de savoir si les questions sont déterminantes pour l'issue de l'affaire. Ce n'est que quand elles ne le sont pas que le juge a effectivement besoin de se demander si les ordonnances sont clairement erronées. J'énoncerais le critère comme suit :

Le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants :

- 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.

[22] Les parties reconnaissent également que le passage ci-dessus renvoyait à la décision du juge Mark MacGuigan dans l'arrêt *R. c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2. C.F. 425 (C.A.F.)

(*Aqua-Gem*). Dans cet arrêt, le juge a déclaré :

Je souscris aussi en partie à l'avis du juge en chef au sujet de la norme de révision à appliquer par le juge des requêtes à l'égard des décisions discrétionnaires de protonotaire. Selon en particulier la conclusion tirée par lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) à la page 484, et par le juge Lacourcière, J.C.A., dans *Stoicovski c. Casement* (1983), 43 O.R.(2d) 436 (C.A. Div.), le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants :

- a) 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;
- b) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal.

Si l'ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

[23] La question est de savoir si « l'influence déterminante » doit être évaluée en examinant la question faisant l'objet de la requête devant la protonotaire ou en examinant la décision. Dans la décision *Peter G. White Management Ltd. c. Canada*, 2007 CF 686, le juge James Hugessen a conclu que, dans les situations (similaires à l'espèce) dans lesquelles l'appel est interjeté à l'encontre d'une décision d'un protonotaire ayant rejeté une requête du défendeur visant à faire radier une demande, ce n'est pas le recours

présenté (c.-à-d. la question dont est saisie le protonotaire), mais plutôt l'ordonnance que le protonotaire rend (c.-à-d., la réponse) qui doit être analysée pour voir si elle a une influence déterminante sur l'issue du principal. Le juge Hugessen a fondé cette conclusion sur sa lecture de l'arrêt *Aqua-Gem*. Plusieurs juges de la Cour fédérale ont adopté depuis son interprétation. On trouve dans la décision de la juge Mactavish dans *Ridgeview Restaurant Limited c. Le Procureur général du Canada et Steve Gibson*, 2010 CF 506, aux paragraphes 20 à 24, un résumé de la jurisprudence actuelle sur cette question.

[24] Si on adopte l'approche du juge Hugessen, l'accent serait mis sur la réponse ou, en d'autres termes, sur l'ordonnance rendue par le protonotaire. En l'espèce, étant donné qu'elle a rejeté la requête en radiation, aucun changement n'a été apporté à la cause et celle-ci sera entendue. Dans ces circonstances, on ne peut pas dire que l'ordonnance qu'elle a rendue a eu une influence déterminante sur l'issue du principal. Par conséquent, un examen *de novo* ne serait pas approprié, à moins que le protonotaire a manifestement commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire sur un mauvais principe ou en interprétant mal les faits et aucune admission de ce genre n'a été faite dans la présente cause.

[25] Cependant, j'ai passé en revue les arrêts de la Cour d'appel fédérale, j'ai examiné les décisions de la Cour fédérale d'appel dans *Aqua-Gem* et *Merck 2003* et pour les raisons qui suivent, je suis arrivée à une conclusion contraire à celle du juge Hugessen.

[26] Dans l'arrêt *Aqua-Gem*, l'intimée avait demandé que l'affaire soit rejetée pour défaut de poursuite. Le protonotaire avait rejeté la requête, de sorte que l'action existait toujours. La question soumise au protonotaire était déterminante, en ce sens qu'il se pouvait que l'action soit rejetée, mais l'ordonnance n'avait pas été déterminante pour l'issue du principal. Le juge qui avait entendu l'appel relatif à l'ordonnance du protonotaire l'avait examiné *de novo* et la Cour d'appel fédérale a confirmé cette démarche. La seule justification possible de cette conclusion, selon moi, est que la Cour d'appel a examiné la question de l'influence déterminante en se fondant sur la question soumise au protonotaire. Cette conclusion, toujours selon moi, est confirmée par un examen de la décision.

[27] Quant à la question de l'« influence déterminante », le juge MacGuigan a dit au paragraphe 95 que « [...] [l]e juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants :

- a) [...]
- b) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause.

[28] Le mot « they » dans la version anglaise de la décision, renvoie au mot « orders » (ordonnances) et indique qu'il faut se pencher sur l'ordonnance rendue par le protonotaire et

l'examiner *de novo* si, en fait, elle a eu sur le procès une influence qui peut être jugée déterminante.

[29] La difficulté à laquelle je suis confrontée est que lorsque le juge MacGuigan a examiné la question, il n'a pas appliqué le critère qu'il a formulé. Il ne s'est pas penché sur l'ordonnance. Il a plutôt examiné la question dont a été saisi le protonotaire. Il a déclaré au paragraphe 98 : « Autrement dit, pour savoir si le résultat de la procédure est un facteur déterminant de l'issue du principal, il faut examiner le point à trancher avant que le protonotaire ne réponde à la question [...] ».

[30] À mon avis, la nouvelle formulation du critère établi dans l'arrêt *Aqua-Gem* dans *Merck 2003* donne corps à l'approche que le juge MacGuigan a effectivement adoptée.

[31] Dans *Merck 2003*, Apotex cherchait à apporter des modifications fondamentales à sa défense. Le juge des requêtes qui a procédé à l'examen de la décision du protonotaire d'admettre les modifications proposées a refusé de considérer que celles-ci étaient déterminantes, et n'a pas mené un examen *de novo*. Il a confirmé la décision du protonotaire d'autoriser les modifications proposées par Apotex.

[32] La Cour d'appel a conclu que les modifications proposées revêtaient un caractère déterminant, et elle a mené son propre examen *de novo*. En fin de compte, elle a refusé d'autoriser les modifications. L'importance de cette décision aux fins de la présente affaire tient à ce que la réaffirmation du refus et l'analyse subséquente menée par la Cour indiquaient clairement, comme il a été avancé dans la décision Sanofi, que l'analyse de « l'influence déterminante » doit être axée sur la question dont le protonotaire a été saisi.

[33] En 2006, la Cour d'appel fédérale a statué une fois de plus sur la question de l'influence déterminante. Dans l'arrêt *Peter G. White Management Ltd. c. La Reine*, 2006 CAF 190, la Cour a examiné, entre autres, l'appel interjeté à l'encontre de la décision rendue par un juge des requêtes de la Cour fédérale sur l'appel dont a fait l'objet l'ordonnance d'un protonotaire. Devant le protonotaire, la Couronne avait présenté une requête en radiation de la demande présentée à l'encontre de divers défendeurs, dont l'un était ministre de la Couronne et les trois autres, des fonctionnaires. Le protonotaire a accueilli la requête. Le juge des requêtes a rejeté l'appel sans traiter l'affaire *de novo*.

[34] Aux paragraphes 33 et suivants, la Cour d'appel a examiné la norme de contrôle et a conclu que le juge des requêtes avait eu tort de conclure que la requête en vue d'exclure les défendeurs n'avait pas une influence déterminante sur l'issue du principal. [La Cour d'appel a noté que les causes d'action plaidées par l'appelante contre les divers défendeurs étaient bien

distinctes de celles invoquées contre la Couronne et a conclu que l'exclusion des défendeurs mettait un terme aux causes d'action de l'appelante contre ces derniers devant la Cour fédérale.

[35] Dans le cadre de son analyse, la Cour d'appel a examiné la question de la requête devant le protonotaire et a conclu qu'elle avait une influence déterminante. Par conséquent, elle a conclu que le juge des requêtes aurait dû trancher la question *de novo*.

[36] Compte tenu de ces décisions, il me faut maintenant examiner si on peut affirmer que les questions dont a été saisie la protonotaire en l'espèce ont une influence déterminante.

[37] Sur ce point, j'ai conclu que les questions concernant la présence ou l'absence d'un défendeur serait déterminante si quelque chose d'essentiel est enlevé à un demandeur dans le cas où un défendeur est exclu. En l'espèce, sans Sanofi Allemagne, les demanderesses ne peuvent prétendre qu'il pourrait y avoir une responsabilité commune, parce que Sanofi Allemagne a exercé un contrôle sur Sanofi Canada. Je conclus donc que l'exclusion des défenderesses est une question ayant une influence déterminante. Par conséquent, la décision de ne pas rejeter la demande reconventionnelle de Teva contre Sanofi Allemagne sera examinée *de novo*.

Question (ii) La demande reconventionnelle de Teva devrait-elle être présentée à l'encontre de Sanofi Allemagne?

[38] Un acte de procédure ne peut être radié sauf s'il est évident et manifeste qu'il ne révèle aucune cause d'action valable (voir par exemple *Hunt c. Carey Canada Inc.* [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 980).

[39] Sanofi est d'avis que, à la simple lecture du paragraphe 4(1) du Règlement, Sanofi Canada est la seule « première personne », puisqu'elle a été la seule défenderesse à déposer une présentation de drogue nouvelle ou une liste de brevets en ce qui a trait au Ramipril. Elle a déclaré que, puisque l'article 8 du Règlement ouvre droit à des dommages contre une « première personne », la demande reconventionnelle de Teva ne révèle aucune cause d'action valable contre Sanofi Allemagne.

[40] Dans l'arrêt *Lilly 2004*, la Cour d'appel fédérale a examiné un argument similaire. Un fabricant de médicaments génériques a présenté une demande en vertu de l'article 8 contre deux fabricants de drogues innovantes : une filiale canadienne qui avait déposé une présentation de drogue nouvelle et une liste de brevets, et sa société mère américaine qui ne l'avait pas fait. La société mère a sollicité un jugement sommaire au motif qu'elle n'était pas une « première personne ». Comme c'est le cas en l'espèce, l'allégation du fabricant de médicaments génériques

contre la société étrangère se fondait sur le degré de contrôle qu'elle exerçait sur la société canadienne.

[41] La Cour d'appel a qualifié la question dans *Lilly 2004* de la façon suivante au paragraphe 9 :

La question en litige est donc de savoir si l'on peut dire que [la société mère] a soumis au ministre la liste de brevets sous le régime du paragraphe 4(1), même si cette liste a été soumise nominalement par [la filiale].

À mon avis, il s'agit là précisément de la question en l'espèce.

[42] La Cour a conclu, aux paragraphes 11 à 13 de sa décision, que des concepts de common law comme le mandat pourraient être pertinents pour l'interprétation de la législation. La Cour a illustré ce point en déclarant que, si une société mère exerçait un contrôle suffisant sur une filiale de telle sorte qu'on puisse affirmer que la filiale a agi en tant que mandataire, les mesures prises par la filiale « pourraient être considérées comme des mesures prises à la fois par [la filiale et la société mère]. Ainsi, [la société mère] pourrait être la « première personne » et donc être considérée à bon droit comme défenderesse [...].

[43] Il convient de noter que la Cour a ajouté, au paragraphe 14 :

Le point de savoir si, pour l'application de l'article 8, peut être considérée comme la « première personne » la société qui a ordonné la présentation au ministre de la liste de brevets soumise nominale-ment par sa filiale est une question de droit assez difficile pour exiger un procès.

[44] De plus, la Cour s'exprime ainsi au paragraphe 15 :

La réponse à cette question peut dépendre, par exemple, du point de savoir si les « profits » qui peuvent être recouverts en vertu de l'article 8 sont les profits tirés de la drogue en question par la « première personne » pendant le sursis à la délivrance d'un AC ou bien les profits que la « seconde personne » n'a *pas* tirés de sa version de la drogue durant cette période. Si l'objet de l'article 8 est d'autoriser la « seconde personne » à choisir le recouvrement des profits de la « première personne » plutôt que simplement celui de son propre manque à gagner, pourrait s'en trouver étayée l'interprétation de l'expression « première personne » qui l'appliquerait à la société qui contrôlait toute l'activité pertinente de la société qui a nominale-ment présenté la demande d'AC, soumis au ministre la liste de brevets et fait l'objet de la délivrance de l'AC. Dans le cas contraire, la seconde personne pourrait se voir dans l'incapacité de recou- vrer les profits de l'entreprise innovatrice et, si l'intention du législateur est d'autoriser le recouvrement des profits de l'entreprise ayant dirigé l'activité de la personne dont le nom apparaît sur les documents énumérés au paragraphe 4(1), cette intention s'en trouverait contrariée. La raison en est que les deux sociétés en question pourraient avoir pris des arrangements propres à faire en sorte que les profits tirés de la vente de la drogue au Canada fussent inscrits dans les livres de la société mère et non de sa filiale canadienne.

[Non souligné dans l'original.]

[45] Se fondant sur le paragraphe 15 de *Lilly 2004*, Sanofi fait valoir principalement que la décision de la Cour d'appel se fondait sur la possibilité d'invoquer la restitution des profits

générés comme recours en vertu de l'article 8. La Cour a jugé qu'une cause d'action en restitution des profits générés n'a de sens que si le demandeur peut assigner toutes les parties qui pourraient avoir réalisé des profits. Par conséquent, une interprétation large de « première personne » s'imposait. Cependant, dans l'arrêt *Merck 2009*, la Cour d'appel fédérale a statué que la restitution des profits générés ne constitue pas un recours possible en vertu de l'article 8. Pour cette raison, Sanofi affirme que le raisonnement derrière l'arrêt *Lilly 2004* s'est éteint et il n'y a plus lieu de donner une interprétation large ou élastique aux mots « première personne ».

[46] Toutefois, je ne suis pas convaincue que la décision dans l'arrêt *Lilly 2004* reposait entièrement sur l'existence d'une demande de restitution des profits générés. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la Cour a fait plusieurs déclarations générales appuyant la possibilité d'une responsabilité prévue à l'article 8 de la part d'une société qui contrôlait et dirigeait la personne qui a effectivement déposé la présentation de drogue nouvelle et la liste de brevets. Par exemple, la Cour a déclaré que les principes de common law relatifs au mandat pourraient s'appliquer dans le contexte de l'article 8 et que les activités d'une filiale pourraient être considérées comme les activités de sa société mère.

[47] Le paragraphe 15 de l'arrêt *Lilly 2004* présente tout simplement la restitution des profits comme un exemple d'une situation où une définition large de « première personne » peut être appropriée. Selon moi, la référence aux profits n'est qu'une illustration et ne se veut pas exhaustive. En d'autres termes, je pense que la Cour dans l'arrêt *Lilly 2004* serait arrivée à la

même conclusion au sujet de la nécessité de tenir un procès pour statuer sur la signification des mots « première personne », même si la restitution des profits ne constituait pas un recours possible. Par conséquent, la question de savoir si une « première personne » comprend une société dominante dans le contexte d'une demande en dommages-intérêts en vertu de l'article 8 reste à trancher.

[48] Au cours de l'audience, Sanofi a présenté plusieurs arguments sur la façon de résoudre la question d'interprétation législative. Par exemple, l'alinéa 4(4)*d*) et le paragraphe 6(4) du Règlement renvoient aux propriétaires des brevets pertinents, mais le paragraphe 4(1) ne fait pas référence à d'autres parties. Cela indique que le rédacteur du Règlement visait à exclure de la définition de « première personne » prévue au paragraphe 4(1) les parties autres que celles qui ont déposé la présentation de drogue nouvelle et la liste de brevets.

[49] Toutefois, ce n'est pas mon rôle de trancher la question. Mon rôle se limite à déterminer s'il est évident et manifeste que l'interprétation de « première personne » par Teva doit être rejetée. À la lumière de l'arrêt *Lilly 2004*, j'ai conclu qu'un tel résultat n'était pas évident et manifeste.

[50] Pour ces motifs, j'en arrive à la même conclusion que celle de la protonotaire, et l'appel de Sanofi sera donc rejeté avec dépens adjugés à Teva quelle que soit l'issue de la cause.

L'APPEL DE TEVA

Question (i) Sanofi devrait-elle être autorisée à contester la demande reconventionnelle de Teva une deuxième fois?

[51] Dans ses observations écrites, Teva a allégué que la protonotaire n'aurait pas dû entendre la requête de Sanofi en vue de radier sa demande pour perte permanente de part de marché, parce que (i) Sanofi a contesté la même allégation en 2007 et (ii) qu'elle a déposé une défense à la demande reconventionnelle de Teva.

[52] Bien que Teva ne se soit pas attachée à débattre à fond de ces observations dans sa plaidoirie, je vais y répondre brièvement. À mon avis, Sanofi était en droit de présenter une deuxième requête en radiation de la demande reconventionnelle de Teva parce que la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Merck 2003* a été publiée après la première requête en radiation déposée par Sanofi. Cela constitue une « raison particulière » ou « un changement pertinent des circonstances » justifiant le dépôt d'une deuxième requête en radiation : voir *Pawar c. Canada* (1997), 132 F.T.R. 44 (protonotaire) conf. par 137 F.T.R. 231 (C.F. 1^{re} inst.); *Harris c. Canada*, 2001 CFPI 758, au paragraphe 24. En outre, le dépôt d'une défense n'exclut pas le dépôt d'une requête en radiation d'un acte de procédure pour défaut de révéler une cause d'action valable : voir, par exemple, *Coca-Cola Ltd. c. Pardhan* (1997), 139 F.T.R. 223

(C.F. 1^{re} inst.), conf. par (1999), 85 C.P.R. (3d) 489, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [1999] C.S.C.R. n° 338 (QL), au paragraphe 8.

Question en litige (ii) Quelle est la norme de contrôle?

[53] La discussion ci-dessus relative à cette question s'applique ici (voir les paragraphes 21 à 32 ci-dessus). La question dont était saisie la protonotaire était de savoir si Teva pouvait présenter une demande en dommages-intérêts pour perte permanente de sa part de marché. Il s'agit d'une question qui a une influence déterminante sur la présente cause, et par conséquent, un examen *de novo* sera entrepris.

Question (iii) La demande en dommages-intérêts de Teva pour la perte permanente de part de marché révèle-t-elle une cause d'action valable?

[54] L'article 8 du Règlement permet à la seconde personne, en l'occurrence Teva, de demander des dommages-intérêts de la part de la première personne pour « toute perte subie au cours de la période » définie dans le Règlement. La période en question est la période de mise en application du sursis automatique et la question consiste à savoir si la perte permanente de part de marché peut être considérée comme une perte subie au cours de cette période.

[55] Dans la décision de la Cour fédérale qui a été examinée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Merck 2009*, le juge Roger Hughes, se penchant sur une demande en vertu de l'article 8 concernant une perte de part de marché, a conclu que les pertes sont « subies » au moment où elles sont causées. Ainsi, les pertes causées au cours de cette période étaient, selon lui, également subies au cours de cette même période même si elles étaient survenues ultérieurement. (Voir *Merck Frosst Canada Ltd. et al c. Apotex Inc.*, 2008 C.F. 1185.

[56] Cependant, dans l'arrêt *Merck 2009*, la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision du juge Hughes. Elle a jugé que les pertes sont uniquement « subies au cours de la période » si les pertes elles-mêmes sont survenues au cours de la période. Par conséquent, les pertes causées au cours de la période, mais survenues plus tard, ne peuvent pas faire l'objet d'une demande en dommages-intérêts en vertu de l'article 8. La Cour d'appel a conclu comme suit aux paragraphes 101 et 102 :

En l'espèce, nous avons l'avantage de savoir qu'en 1998 le gouverneur en conseil s'est penché sur la question et qu'il a choisi de limiter l'évaluation des pertes faisant l'objet d'une indemnisation par voie de dommages-intérêts aux pertes subies au cours de la période. Cela ne pose aucune question de principe. Le gouverneur en conseil aurait pu étendre l'évaluation des pertes aux pertes qui ont été causées au cours de la période, sans égard au moment où elles sont subies. Cependant, il ne l'a pas fait.

Il faut donner effet à l'intention clairement exprimée du gouverneur en conseil. L'indemnisation des pertes pour les années futures est donc exclue puisqu'on ne peut pas dire que ces pertes ont été subies au cours de la période. Il s'ensuit, par exemple, que le droit d'Apotex à des dommages-intérêts pour la perte de ventes résultant de la baisse alléguée de sa part de marché doit être limité aux ventes dont on peut établir qu'elles ont été perdues au cours de la période. Pour que les pertes fassent l'objet d'une indemnité, il

faut établir qu'elles sont survenues au cours de la période. Par conséquent, je conclus que l'appel devrait être accueilli sur ce point précis. [souligné dans l'original]

[57] À mon avis, les motifs de la Cour d'appel fédérale sont clairs. Une seconde personne peut réclamer des dommages-intérêts découlant d'une perte de part de marché, mais uniquement pour les pertes qui sont effectivement survenues au cours de la période. L'article 8 ne prévoit pas de droit à des dommages-intérêts pour les pertes survenues en dehors de la période.

[58] Dans sa plaidoirie, l'avocat de Teva a indiqué que les paragraphes de la demande reconventionnelle de Teva que la protonotaire a radiés portent sur les dommages survenus tant au cours qu'en dehors de la période. Sanofi reconnaît que Teva devrait être autorisée à réclamer les dommages survenus au cours de la période. Par conséquent, sur consentement, je décrèterai une ordonnance autorisant le rétablissement de ces paragraphes, dans la mesure où ils se rapportent aux dommages survenus au cours de la période.

[59] Toutefois, Teva demande aussi que soit réintroduite sa demande pour les dommages survenus en dehors de la période. À mon avis, la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Merck 2009* montre qu'il est évident et manifeste que la présente demande est sans espoir et qu'elle ne révèle aucune cause d'action valable.

[60] Teva a tenté de faire la distinction entre la présente instance et l'arrêt *Merck 2009* au motif que la Cour d'appel examinait une version antérieure du Règlement. Cependant, il n'y a pas de différences importantes entre les deux versions. La disposition du Règlement, soit le paragraphe 8(1), qui comprend l'exigence que les dommages soient « subis au cours de la période », n'a pas changé.

[61] Teva a également critiqué l'arrêt *Merck 2009* en soi. Elle a déclaré que la Cour d'appel fédérale n'a fourni qu'une interprétation possible des mots « subi[e]s au cours de la période » et que cette interprétation est contraire à l'objet du Règlement, Teva pouvant être rétablie dans la situation où elle se trouvait et en raison de l'adoption d'une approche quant à l'évaluation des dommages utilisée en droit de la responsabilité civile. Cependant, puisque la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel de l'arrêt *Merck 2009*, l'interprétation de la Cour d'appel doit être considérée comme constante et établie.

[62] Pour ces motifs, j'en suis arrivée à la même conclusion que la protonotaire et l'appel de Teva sera rejeté en ce qui concerne les demandes en dommages-intérêts survenus en dehors de la période pertinente.

JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. L'appel de Sanofi est rejeté.
2. Sur consentement, l'appel de Teva est accueilli en partie.
3. Les parties des paragraphes 135, 136 et 143 de la demande reconventionnelle de Teva qui ont été radiées dans la décision sont par les présentes réintégrées dans la mesure où elles se rapportent à des demandes en dommages-intérêts survenus au cours de la période pertinente;
4. Teva doit, dans les vingt jours de la date du présent jugement, signifier et déposer une demande reconventionnelle modifiée conformément à la présente ordonnance, et en précisant que les demandes pour la perte permanente de part de marché aux paragraphes 135, 136 et 143 ne se rapportent qu'aux demandes en dommages-intérêts survenus au cours de la période pertinente.
5. Les dépens de l'appel de Sanofi sont payables par Sanofi Canada à Teva quelle que soit l'issue de la cause, et les dépens de l'appel de Teva sont payables par Teva à Sanofi Canada quelle que soit l'issue de la cause.

« Sandra J. Simpson »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Dossier :

T-1161-07

INTITULÉ :

LIEU DE L'AUDIENCE :

TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE :

LE 14 JUIN 2010

MOTIFS DU JUGEMENT :

LA JUGE SIMPSON

DATE DES MOTIFS :

LE 30 NOVEMBRE 2010

COMPARUTIONS :

Sheldon Hamilton

POUR LES DEMANDERESSES

Andrew Mendelssohn

Mark Edward Davis

POUR LA DÉFENDERESSE

Keya Dasgupta

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Smart & Biggar

POUR LES DEMANDERESSES

Toronto (Ontario)

Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L.

POUR LA DÉFENDERESSE

,