

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20111117

Dossier : A-344-11

Référence : 2011 CAF 312

En présence de monsieur le juge Stratas

ENTRE :

MYLAN PHARMACEUTICALS ULC

appelante

et

**ASTRAZENECA CANADA, INC., ASTRAZENECA UK LIMITED et
LE MINISTRE DE LA SANTÉ**

intimés

Requêtes tranchées par écrit sans comparution des parties.

Ordonnance rendue à Ottawa (Ontario), le 17 novembre 2011.

MOTIFS DE L'ORDONNANCE :

LE JUGE STRATAS



Date : 20111117

Dossier : A-344-11

Référence : 2011 CAF 312

En présence de monsieur le juge Stratas

ENTRE :

MYLAN PHARMACEUTICALS ULC

appelante

et

**ASTRAZENECA CANADA, INC., ASTRAZENECA UK LIMITED et
LE MINISTRE DE LA SANTÉ**

intimés

MOTIFS DE L'ORDONNANCE

LE JUGE STRATAS

[1] Mylan Pharmaceuticals ULC interjette appel de la décision de la Cour fédérale portant le numéro de référence 2011 CF 1023. L'appel n'a pas encore été entendu.

[2] Deux requêtes ont été déposées devant la Cour. Une requête demande à la Cour de prendre son temps, tandis que l'autre lui demande d'accélérer le processus :

- AstraZeneca Canada, Inc. et AstraZeneca UK Limited présentent une requête afin d'obtenir une ordonnance en suspension de l'appel jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada rende sa décision dans le pourvoi *Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada inc. et al.* (dossier n° 33951 de la C.S.C.).
- Mylan présente une requête afin d'obtenir une ordonnance afin de faire avancer l'instance de façon expéditive.

A. La requête en suspension de l'appel d'Astra Zeneca

(1) Le critère juridique applicable

[3] AstraZeneca soutient que le critère juridique applicable est celui de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la situation, l'intérêt de la justice exige que la Cour ordonne la suspension. Elle avance que ce critère découle de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Cette disposition habilite la Cour à suspendre les procédures lorsque « l'intérêt de la justice l'exige ».

[4] Par ailleurs, Mylan fait valoir qu'AstraZeneca doit satisfaire au critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

[5] À cet égard, il convient de qualifier le redressement que tente d'obtenir AstraZeneca. Cette dernière ne demande pas à la Cour d'interdire à un autre organisme d'exercer sa compétence. Elle lui demande plutôt de ne pas entendre le présent appel avant une date

ultérieure. Ces deux situations sont fort différentes et commandent l'examen de facteurs distincts :

- *Le cas où la Cour interdit à un autre organisme d'exercer sa compétence.*

Lorsqu'elle rend une ordonnance de ce genre, la Cour interdit à un autre organisme d'aller de l'avant et d'exercer les pouvoirs que lui a conférés le législateur et qu'il exerce habituellement. Bref, la Cour interdit à cet organisme de prendre les mesures que le législateur l'autorise à prendre. Comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc.*, il s'agit d'un redressement inhabituel et il faut, pour l'obtenir, satisfaire à un critère rigoureux. Deux volets de ce critère sont particulièrement exigeants. Premièrement, il doit y avoir une preuve convaincante, détaillée et concrète de l'existence d'un préjudice irréparable : *Première nation de Stoney c. Shotclose*, 2011 CAF 232, aux paragraphes 47 à 49; *Laperrière c. MacLeod*, 2010 CAF 84, aux paragraphes 14 à 22. Deuxièmement, il faut établir, au moyen de la preuve, que les inconvénients l'emportent sur les considérations d'intérêt public, comme le droit de l'autre organisme d'exécuter le mandat que lui a confié le législateur : *RJR-MacDonald Inc.*, précité, aux pages 343 à 347.

- *Le cas où la Cour décide de n'exercer sa compétence que plus tard.* Lorsqu'elle choisit cette voie, la Cour exerce un pouvoir qui n'est pas sans ressembler à l'établissement d'un calendrier ou à l'ajournement d'une affaire. Ce genre de décision repose sur des considérations discrétionnaires d'ordre général. Il y a les considérations d'intérêt public — la nécessité que les instances se déroulent équitablement et avec

célérité —, mais il s'agit, sur le plan qualitatif, d'un facteur différent des considérations d'intérêt public qui s'appliquent lorsque la Cour interdit à un autre organisme de faire ce que le législateur l'autorise à faire. Par conséquent, les critères rigoureux énoncés dans l'arrêt *RJR-MacDonald* ne s'appliquent pas dans un tel cas. Cela ne signifie pas que la Cour reportera une affaire de manière inconsidérée. Tout dépend des circonstances factuelles présentées à la Cour. Dans certains cas, il sera difficile de persuader la Cour, comme lorsque le délai demandé est long ou qu'il entraînera de lourdes conséquences pour une partie ou le grand public. Dans d'autres cas, il sera plus facile de la convaincre.

[6] La conclusion voulant que le critère fixé dans l'arrêt *RJR-MacDonald* ne s'applique pas lorsque la Cour choisit de n'exercer sa compétence qu'à une date ultérieure est étayée par d'autres décisions de notre Cour : *Boston Scientifique Ltée c. Johnson & Johnson Inc.*, 2004 CAF 354; *Epicept Corporation c. Ministre de la Santé*, 2011 CAF 209.

[7] Mylan invoque une autre décision de la Cour pour affirmer le contraire : *The D & B Companies of Canada Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, n° A-505-94, 13 octobre 1994, [1994] A.C.F. n° 1504 (QL) (C.A.F.).

[8] Dans cet arrêt, une partie demandait au Tribunal de la concurrence de retarder l'instance, ce qu'il a refusé de faire. Le tribunal a conclu que les facteurs pertinents au regard de son pouvoir discrétionnaire de retarder l'instance étaient les mêmes que ceux énoncés dans l'arrêt *RJR-MacDonald*. Une requête a ensuite été déposée à la Cour pour lui demander de suspendre l'instance devant le Tribunal de la concurrence. Comme on tentait d'obtenir que la Cour interdise

à un autre organisme d'exécuter son mandat, c'est à juste titre que le critère fixé dans l'arrêt *RJR-MacDonald* a été appliqué et que la suspension a été refusée.

[9] Dans les motifs de l'arrêt *The D & B Companies*, la Cour fait remarquer que le Tribunal de la concurrence était fondé à appliquer le critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* pour déterminer s'il devait reporter l'audience. Mylan s'appuie sur cette observation.

[10] Or, trois facteurs minent la force persuasive de cette observation. Premièrement, dans l'arrêt *The D & B Companies*, la Cour devait de toute façon appliquer le critère de l'arrêt *RJR-MacDonald*. En conséquence, son observation doit être vue comme une remarque incidente. Deuxièmement, on peut estimer que *The D & B Companies* était une affaire dans laquelle le Tribunal de la concurrence, compte tenu des circonstances particulières en cause, a jugé que les facteurs habituellement analysés à la lumière du critère fixé dans l'arrêt *RJR-MacDonald* étaient pertinents à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Troisièmement, on pourrait avancer que l'arrêt *The D & B Companies* est une décision d'un tribunal administratif spécialisé — et non de la Cour — concernant les facteurs qu'il doit appliquer lorsqu'il est saisi d'affaires de ce genre, et que la Cour, en formulant son observation, a fait preuve de retenue envers la décision du tribunal, comme il se doit.

[11] En raison de ces trois facteurs, il n'y a pas lieu d'assimiler l'observation de la Cour dans l'arrêt *The D & B Companies* à un énoncé de principe général, ayant force obligatoire dans toutes les affaires futures.

[12] En conséquence, je ne puis souscrire au raisonnement avancé dans certaines décisions de la Cour fédérale auxquelles Mylan a renvoyé et qui suivent l'observation formulée dans l'arrêt *The D & B Companies : Bande de Sawridge c. Canada*, 2006 CF 1218, et *Re Zündel*, 2004 CF 198.

[13] Quoi qu'il en soit, le raisonnement suivi dans les décisions *Epicept* et *Boston Scientifique* est préférable à celui appliqué dans l'arrêt *The D & B Companies*. Comme il est expliqué plus haut, il ne s'agit pas, dans des décisions comme *Epicept*, *Boston Scientifique* et la présente affaire, d'interdire à un autre organisme de faire ce que le législateur l'autorise à faire. Comme je l'ai indiqué, le critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* ne convient pas dans ce genre de situation.

[14] Comme Astra-Zeneca demande à la Cour de ne pas entendre le présent appel avant un certain temps, le critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* ne saurait s'appliquer. Il faut plutôt se demander si, eu égard à l'ensemble des circonstances, l'intérêt de la justice justifie que l'appel soit retardé.

(2) L'application du critère à l'espèce

[15] AstraZeneca soutient que la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada inc. et al.* (dossier n° 33951 de la C.S.C.) a une importance à ce point grande pour l'appel en cause que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de retarder l'instruction jusqu'à ce que la Cour suprême rende sa décision.

[16] Mylan n'est pas d'accord. Elle souligne que, si la Cour attend que la Cour suprême tranche le pourvoi dans l'affaire *Teva*, l'attente sera très longue. Elle laisse également entendre que la décision de la Cour suprême pourrait ne pas avoir d'incidence sur l'issue du présent appel.

[17] Mylan a raison quant à la possible durée de l'attente. Le pourvoi dans l'affaire *Teva* doit être entendu le 8 février 2012. Selon les plus récentes statistiques de la Cour suprême du Canada, qu'on a déposées au dossier, le délai moyen nécessaire à celle-ci pour rendre une décision après l'audition d'un pourvoi est de 7,7 mois. Dans certaines affaires récentes, bien que rares, il a fallu 18 mois après l'audition pour rendre une décision : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815. Évidemment, un certain nombre d'autres décisions ont été rendues bien en deçà de la moyenne de 7,7 mois.

[18] Les parties ont utilement produit les mémoires des parties déposés dans le pourvoi *Teva*. Il semble que les questions en litige soient d'une grande complexité. Outre le temps nécessaire à la Cour suprême, il faut ajouter celui que prendront les parties pour produire leur mémoire des faits et du droit devant notre Cour et obtenir une audience. Cela signifie qu'AstraZeneca, lorsqu'elle demande à notre Cour d'attendre jusqu'à ce que la Cour suprême rende sa décision, lui demande en réalité de ne pas entendre l'appel avant, peut-être, le printemps 2013.

[19] Il s'agit d'une longue attente. Seul un lien très direct entre les questions en litige dans le pourvoi *Teva* et le présent appel pourrait justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire en faveur de cette attente.

[20] L'examen des mémoires déposés par les parties dans le pourvoi *Teva* ne m'a pas convaincu de l'existence d'un tel lien direct.

[21] Le pourvoi *Teva* intéresse l'allégation faite par Teva sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, selon laquelle un brevet, qui revendique l'utilisation du sildénafil pour le traitement de la dysfonction érectile, est invalide en raison de la divulgation insuffisante de l'invention. L'allégation d'insuffisance formulée par Teva se fonde sur un aspect particulier de ce brevet : on affirme que le brevet ne révèle pas à l'égard duquel, parmi les 260 trillions de composés divulgués, on a constaté qu'il provoquait des érections chez les hommes. Dans la présente affaire, le brevet en litige, contrairement à celui visé dans le pourvoi *Teva*, revendique seulement un unique composé, l'anastrozole. Mylan ne fait pas valoir que le brevet en litige en l'espèce est invalide parce qu'il cache l'identité de l'anastrozole parmi de nombreux autres composés.

[22] Dans la présente affaire, tant Mylan que la Cour fédérale se sont appuyées sur une déclaration précise faite par notre Cour lorsqu'elle a tranché l'appel *Teva*. AstraZeneca avance que la validité de cette déclaration est l'une des questions soumises à la Cour suprême dans le pourvoi *Teva*. Cela est exact, mais la Cour suprême pourrait ne jamais se prononcer sur cette question, puisqu'elle est saisie de nombreux autres arguments contre la suffisance et l'utilité du brevet en litige.

[23] AstraZeneca se dit préoccupée par le fait que, si elle ne retarde pas l'appel, la Cour pourrait trancher l'appel à son détriment pour un motif qui, à la lumière de la décision ultérieure de la Cour suprême dans le pourvoi *Teva*, se révélerait erroné. Elle ajoute qu'il serait peu vraisemblable que la Cour suprême autorise un pourvoi dans une telle situation.

[24] AstraZeneca ne tient pas compte du fait que, dans cette situation, la Cour suprême a le pouvoir de renvoyer l'affaire à notre Cour et d'« ordonner les mesures qui lui semblent appropriées », comme l'examen à nouveau de l'affaire à la lumière de sa décision rendue dans le pourvoi *Teva* : *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, paragraphe 43(1.1). Cette mesure peut être prise sans qu'il soit nécessaire d'accorder une autorisation d'appel : voir les termes « [m]algré le paragraphe [43](1) » au début du paragraphe 43(1.1). Compte tenu de cette voie de recours éventuelle, la préoccupation exprimée par AstraZeneca est sans importance.

[25] Je signale en outre qu'il serait peut-être possible pour les parties d'intervenir dans le pourvoi *Teva* et de présenter des observations sur les questions qui pourraient influencer ultérieurement sur leur situation à l'occasion d'une instance en renvoi ordonnée en application du paragraphe 43(1.1) : voir les articles 55 à 59 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, ainsi que l'article 6 relatif aux prorogations de délai. Cette possibilité devient intéressante si, contrairement à mon point de vue sur l'affaire, il existe en réalité un lien très direct entre les questions en litige dans le pourvoi *Teva* et le présent appel. Une demande d'intervention dans une situation comme celle en l'espèce n'est pas sans précédent : le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie a, avec succès, présenté une demande à la Cour suprême pour être autorisé à intervenir dans l'appel *Ontario (Procureur général) c. Fraser*,

2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3. La demande se fondait notamment sur le fait que la décision de la Cour suprême pourrait avoir une incidence sur l'appel interjeté dans une affaire où le Fonds était partie (*Mounted Police Association of Ontario c. Canada (Attorney General)* (2009), 96 O.R. (3d) 20 (C. sup. de justice)) : voir le *Bulletin des procédures* de la Cour suprême du Canada du 13 novembre 2009, à la page 1589, ainsi que les documents produits au tribunal au soutien de la demande d'intervention.

[26] Pour les raisons qui précèdent, je rejeterai la requête visant à obtenir une ordonnance de suspension de l'appel, avec dépens.

B. La requête de Mylan afin de faire avancer l'instance de façon expéditive

[27] Mylan donne deux raisons pour accélérer le présent appel.

[28] En premier lieu, Mylan se préoccupe du fait que, s'il n'est pas statué sur l'appel avant l'expiration du brevet 420, le 24 octobre 2012, on pourrait juger qu'il est devenu théorique. Je ne puis souscrire à ce point de vue. AstraZeneca s'est engagée à ne pas faire valoir que l'appel est théorique. Il est vrai que, de son propre chef, notre Cour pourrait soulever la question du caractère théorique à l'audition de l'appel et rejeter celui-ci pour ce motif. Cependant, l'état actuel du rôle est tel que le présent appel sera entendu bien avant le 24 octobre 2012, et plus vraisemblablement entre mars et mai 2012.

[29] En second lieu, Mylan laisse entendre que, si l'appel est accéléré, elle pourrait en tirer un avantage qui lui permettrait d'accéder au marché avant les autres fabricants de médicaments génériques, si on suppose que l'appel est tranché avant l'expiration du brevet et que Mylan obtient gain de cause en appel. Je ne puis souscrire à ce point de vue non plus. À mon avis, la preuve relative à la question de savoir si Mylan tirerait un avantage lui permettant d'accéder au marché en premier dans l'éventualité où l'appel était accueilli est purement hypothétique.

[30] Quoi qu'il en soit, j'exercerais mon pouvoir discrétionnaire contre l'accélération de l'appel. Ceux qui souhaitent accélérer le processus devraient eux-mêmes agir avec plus de célérité. Ils ne l'ont pas fait dans le cas qui nous occupe. Il a fallu 25 jours à Mylan pour produire son avis d'appel de huit pages, une autre période de 27 jours pour déposer l'entente relative au contenu du dossier d'appel et encore 27 jours pour déposer ce dossier. Ces trois étapes procédurales ont duré presque aussi longtemps que la période maximale prévue par les *Règles des Cours fédérales*. Le rythme tranquille auquel on poursuit l'appel ne donne pas du tout l'impression qu'il soit nécessaire d'ordonner que l'appel soit accéléré.

[31] En conséquence, pour les raisons énoncées plus haut, je rejeterai la requête visant à faire avancer l'instance de façon expéditive, avec dépens.

« David Stratas »

j.c.a.

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-344-11

INTITULÉ : MYLAN PHARMACEUTICALS ULC c.
ASTRAZENECA CANADA, INC.,
ASTRAZENECA UK LIMITED ET LE
MINISTRE DE LA SANTÉ

REQUÊTES TRANCHÉES PAR ÉCRIT SANS COMPARUTION DES PARTIES

MOTIFS DE L'ORDONNANCE : Le juge Stratas

DATE DES MOTIFS : Le 17 novembre 2011

OBSERVATIONS ÉCRITES :

J. Bradley White
Vincent M. de Grandpré

POUR L'APPELANTE

J. Sheldon Hamilton
Colin B. Ingram
Daniel S. Davies

POUR LES INTIMÉS

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L.
s.r.l.
Ottawa (Ontario)

POUR L'APPELANTE

Smart & Biggar
Ottawa (Ontario)

POUR LES INTIMÉS