

Revue de l'année 2016 – Litige

mars 9, 2017

Auteurs : Amrita V. Singh et Jerry Chen

En 2016, le gouvernement fédéral a proposé des changements aux règles régissant les litiges, les cours fédérales ont diffusé des directives sur le déroulement des litiges en matière de propriété intellectuelle et les tribunaux du Canada ont rendu des décisions qui ont eu des incidences sur les témoignages d'expert, la norme de contrôle, les dépens, la modification des jugements et les procès sommaires. Voici un résumé des principales décisions et avis canadiens qui auront des répercussions sur les litiges en matière de propriété intellectuelle.

Modifications des *Règles de la Cour suprême du Canada*

Un certain nombre de modifications aux *Règles de la Cour suprême du Canada* ont été présentées en novembre 2016 et sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Les **modifications** portent sur un nouveau processus concernant les avis de questions constitutionnelles, sur de nouveaux délais de dépôt et sur le dépôt de la version électronique de documents.

Modifications proposées aux *Règles des Cours fédérales*

À la fin de l'an dernier, le Comité des règles des Cours fédérales recommandait des modifications aux *Règles des Cours fédérales* afin de tenir compte des progrès technologiques, de codifier des pratiques informelles existantes, d'accroître l'efficacité judiciaire, de hausser l'importance pécuniaire des réclamations pour refléter l'inflation et de garantir la confidentialité des documents déposés sous pli confidentiel. Voici un résumé des changements qui ont été proposés et qui peuvent affecter les litiges en matière de propriété intellectuelle.

- La **règle 50** porte sur l'importance pécuniaire des actions que le protonotaire peut entendre. À l'heure actuelle, le protonotaire peut entendre des requêtes dont la réclamation n'excède pas 50 000 \$. La modification aurait pour effet de porter cette limite à 100 000 \$ afin de tenir compte de l'inflation depuis la dernière modification. Elle revêt aussi une nature prospective pour la décennie à venir.
- La **règle 292** porte sur les seuils des montants en litige pour les actions simplifiées. La modification ferait passer la limite à 100 000 \$ pour les mêmes raisons que celles énoncées ci-dessus.
- En vertu des **règles 70 et 348**, les parties doivent déposer un cahier de la jurisprudence et de la doctrine, cahier comprenant habituellement plusieurs volumes sur support papier. La modification permettrait plutôt aux parties de ne déposer que des extraits de cette jurisprudence et doctrine lorsque celles-ci sont disponibles dans une base de données électroniques que le public peut consulter (CanLII, par exemple).
- La **règle 348** porte sur le délai accordé pour déposer un cahier de la jurisprudence et de la doctrine au moment d'un appel. Ce cahier est souvent déposé en retard, ce qui empêche la Cour de se préparer adéquatement pour l'audition. La modification obligerait les parties à produire leur cahier en même temps qu'elles présentent la demande d'audition.
- La **règle 348.1** est une nouvelle règle codifiant une pratique informelle des parties consistant à fournir à la Cour un cahier condensé regroupant des extraits du dossier d'appel ainsi que du recueil des lois, des règlements et de la jurisprudence et doctrine

qu'elles invoqueront dans leur plaidoirie orale.

- La **règle 151** porte sur les ordonnances de confidentialité. La modification améliorerait la cohérence entre les versions française et anglaise de la règle de même que la structure de la règle tout en retenant les principaux éléments du critère.
- La **règle 152** est une nouveauté obligeant les parties qui déposent des documents sous pli confidentiel dans le dossier de la Cour à déposer également des versions publiques des mêmes documents dont les renseignements confidentiels seraient caviardés. Ces versions publiques seraient accompagnées d'une déclaration de l'avocat affirmant que seuls les renseignements caviardés des versions publiques sont en fait confidentiels en vertu d'une ordonnance de confidentialité. Cela devrait améliorer la transparence judiciaire et limiterait la quantité de renseignements confidentiels déposés.
- Les **règles 204, 204.1 et 208** portent sur le délai de dépôt d'une défense. La modification autoriserait le défendeur à déposer un avis d'intention de répondre, ce qui lui permettrait de bénéficier de dix jours de plus pour déposer une défense. Cela ne signifie pas une reconnaissance de la compétence de la Cour. Les modifications élimineraient également la différence entre la signification d'une poursuite au Canada comparativement aux États-Unis et de son impact sur le délai de dépôt d'une défense.
- La **règle 309(2)(e.1)** précise que le demandeur peut faire verser dans son dossier tous les documents qui seront utilisés à l'audition, conformément à certaines obligations en matière de divulgation. La modification stipule également que le défendeur peut inclure dans son propre dossier les documents auxquels il se propose de faire allusion et qui ne se trouvent pas dans le dossier du demandeur.

Les modifications proposées ont été publiées dans la Gazette du Canada, et les membres du grand public ont été invités à présenter des mémoires jusqu'au début de janvier 2017. Les modifications entreront en vigueur après leur enregistrement.

Directives concernant les tests expérimentaux

La Cour fédérale a également diffusé un Avis à la communauté juridique concernant précisément les litiges en matière de brevets et les tests expérimentaux. Elle a fait remarquer que, lorsqu'une partie a l'intention d'établir un fait par des tests expérimentaux effectués pour les besoins du litige, elle doit donner un préavis raisonnable d'au moins deux mois avant la signification prévue des rapports des experts :

1. quant aux faits à prouver par ces tests;
2. quant à la nature de la procédure expérimentale qui sera effectuée;
3. quant au moment et quant à l'endroit où les avocats et les représentants des parties adverses peuvent assister à l'expérience ou aux expériences;
4. quant au moment où les données et les résultats des tests seront transmis aux parties adverses et quant à la forme sous laquelle ils seront transmis.

Dans les cas où il est impossible de donner un préavis de deux mois, le délai peut être abrégé par le juge responsable de la gestion de l'instance. Si les parties ne peuvent parvenir à une entente, le juge responsable de la gestion de l'instance peut régler ce problème.

Si cette procédure n'est pas suivie, la partie ne peut pas, sans autorisation de la Cour, soumettre au procès ou à l'audience des éléments de preuve relatifs à de tels tests expérimentaux effectués pour les besoins du litige.

Cette façon de procéder officialise la pratique de la Cour qui consiste à autoriser les parties à assister aux tests expérimentaux sur lesquels une autre partie a l'intention de se fonder dans un litige ainsi qu'à avoir accès aux résultats de ces tests avant le dépôt des rapports d'experts. Pour consulter une décision liée à cette question, voir : *Dow Chemical Company c. Nova Chemicals Corporation*, 2012 CF 754.

Lignes directrices concernant les procédures prises en vertu du **Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)**(RMBAC)

En mai 2016, la Cour fédérale diffusait un **Avis aux parties et à la communauté juridique** portant sur la gestion des procédures prises en vertu du RMBAC. Voici quelques changements qui ont été exposés.

- Les auditions dureront habituellement deux ou trois jours, et pas plus de cinq jours.
- Les deux parties doivent maintenant déposer des tableaux schématiques des revendications au moins 90 jours avant la date de l'audition.

- Des conférences de gestion de l'instance doivent avoir lieu durant une procédure :
 - le juge responsable de la gestion de l'instance et le juge qui entendra la demande doivent prendre part à une première conférence dans les 30 jours suivant le dépôt de la demande d'audition pour examiner l'échéancier général à respecter;
 - une conférence de gestion de l'instance doit être organisée après l'échange des dossiers relatifs à la demande, environ deux mois avant l'audition prévue, pour discuter de l'identité des parties et des avocats, de la nécessité de présenter un exposé explicatif à la Cour, des requêtes qui restent à trancher, de la possibilité d'un règlement et de la détermination des éléments de preuve en vue de l'audition;
 - une conférence de gestion de l'instance doit avoir lieu 30 jours avant l'audition pour examiner les brevets et les revendications qui restent en litige, le dépôt d'un exposé conjoint des faits ou d'un recueil conjoint de documents, l'ordonnance de confidentialité et toute autre question en suspens.
- Des recueils de documents sur support électronique, composés des pages pertinentes des documents et de la jurisprudence extraites du mémoire des faits et du droit, doivent être déposés 15 jours avant l'audition.

Les parties doivent échanger les éléments de preuve matériels au moins 30 jours avant l'audition.

Témoins experts

Dans *Airbus Helicopters c. Bell Helicopter Textron Canada Limitée*, 2016 CF 590, Bell a présenté une requête afin de se fonder sur quatre rapports d'experts pendant la phase du procès relative aux dommages-intérêts ou, à titre subsidiaire, sur les rapports de deux experts, les deux autres étant considérés comme faisant partie du groupe de cinq témoins experts auxquels Bell peut de « plein droit » avoir recours en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada* et des *Règles*¹. Pendant la phase du procès relative à la responsabilité, Bell avait appelé trois témoins experts et soumis les rapports d'un quatrième.

Aucune distinction ne peut être établie entre le nombre de témoins experts pouvant être produits au procès et le nombre de rapports d'experts pouvant être signifiés avant le procès². Bell soutenait que les phases du procès relatives à la responsabilité et aux dommages-intérêts constituaient des procédures distinctes et qu'elle pouvait par conséquent appeler des témoins experts supplémentaires. Or, selon la Cour, Bell avait fait appel à quatre des cinq experts auxquels elle avait droit pendant la phase relative à la responsabilité, et elle ne pouvait donc appeler, sans autorisation de la Cour, qu'un seul expert additionnel pendant la phase relative aux dommages-intérêts. La phase relative à la responsabilité et la phase relative aux dommages-intérêts ne constituent qu'un seul procès en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*. Bell a été autorisée à produire deux rapports d'experts (un de plus que la limite permise) parce qu'Airbus avait au départ omis de soulever le fait que Bell avait produit quatre, et non trois, rapports d'experts pendant la phase relative à la responsabilité.

La Cour a clairement l'intention de se conformer à la limite des cinq experts et n'accordera des autorisations à déroger à cette règle que dans des circonstances exceptionnelles. Afin d'éviter que de telles circonstances ne se produisent, un avis clair et précis devrait être donné au sujet de toute intention de contester le nombre d'experts appelés dans un procès.

Dépens

Dans l'affaire *The Dow Chemical Company et al. c. Nova Chemicals Corporation*, 2016 CF 91 (en anglais seulement), Dow a demandé un montant forfaitaire compris entre 6,5 et 4,7 millions de dollars, englobant des débours de 3,6 millions de dollars et des frais se situant entre 2,9 millions et 1,1 million de dollars. Malgré l'opposition de Nova selon laquelle Dow avait produit des éléments de preuve insuffisants à l'appui de ces chiffres, la Cour a fait observer que Nova n'avait présenté aucune donnée concernant ses propres coûts et que l'attribution des frais prévus à la colonne V du tarif B ne correspondrait qu'à un recouvrement de 11 % des frais juridiques totaux de Dow, ce qui était « parfaitement inadéquat » (traduction). La Cour a donc accordé 30 % des dépens réels de Dow (2,9 millions de dollars) demandés. En outre, elle a présumé que Dow aurait été en mesure de justifier ses débours, malgré l'absence de déclaration sous serment et, sur cette base, elle a accordé le montant total des débours demandés (3,6 millions de dollars). Cette somme de 6,5 millions de dollars est la plus importante jamais accordée par la Cour fédérale.

Modification des jugements

En ce qui concerne la détermination du montant de dommages-intérêts ou de bénéfices suivant la phase relative à la responsabilité d'un procès dans l'affaire *The Dow Chemical Company et al. c. Nova Chemicals Corporation*, 2016 CF 361, Dow a demandé des

dédommagements liés à des produits qui n'étaient pas spécifiquement en cause dans la phase du procès relative à la responsabilité. Pour obtenir ce redressement, Dow a introduit une requête en vue d'obtenir une déclaration selon laquelle les autres produits étaient visés par le jugement de première instance et, en conséquence, avaient été contrefaits. Dans ses actes de procédure modifiés lors de la phase relative à la responsabilité, Dow n'avait pas désigné ces produits précis, malgré l'énumération de quelque 59 produits dans quatre catégories. L'ordonnance de la Cour sur la responsabilité stipulait toutefois que les produits portant une certaine marque faisaient l'objet du renvoi.

La Cour a convenu avec Nova que la modification de l'ordonnance découlant d'un nouvel interrogatoire préalable était inapproprié parce que Dow connaissait les autres produits avant la phase du procès relative à la responsabilité. Elle en est cependant venue à la conclusion qu'un nouveau procès serait un gaspillage de ressources judiciaires. Au lieu de cela, la Cour a autorisé Dow à modifier ses actes de procédure de façon à y ajouter les autres produits. Elle a aussi autorisé Nova à modifier sa réponse et autorisé les parties à appliquer les preuves et les interrogatoires préalables antérieurs à cette question. Les parties avaient aussi le droit de mener d'autres interrogatoires préalables au besoin. Un procès portant sur d'autres questions relatives à la contrefaçon des classes supplémentaires devait avoir lieu avant que le renvoi ne soit fait. Cette solution unique devrait être gardée à l'esprit lorsque la modification d'une ordonnance ou d'un jugement n'est pas approuvée.

Dans l'affaire *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 218 (en anglais seulement), Pfizer a été condamnée à verser des dommages-intérêts à Teva en vertu d'une ordonnance de la Cour fédérale. Lors de l'appel, la Cour d'appel fédérale a annulé l'indemnité de dommages-intérêts contre Pfizer et a renvoyé l'affaire devant la Cour fédérale pour un nouvel examen. Une fois l'indemnité de dommages-intérêts annulée, Pfizer a demandé à Teva de lui rembourser les dommages-intérêts antérieurs avec intérêts. Teva a refusé. Pfizer a donc demandé à la Cour d'appel de modifier son jugement pour exiger de Teva le remboursement du paiement avec intérêts. La Cour a estimé que la modification était inappropriée parce que la question du remboursement du paiement et des intérêts était prévisible et aurait pu être traitée dans le cadre de l'appel. La Cour a jugé que Pfizer pouvait intenter une action contre Teva pour récupérer l'argent ou attendre que la Cour fédérale statue sur la question au moment du nouvel examen. Il est manifestement très difficile de modifier une ordonnance ou un jugement lorsque la partie qui demande la modification aurait dû tenir compte de l'enjeu au préalable.

Norme de contrôle

Dans l'affaire *Corporation de soins de santé Hospiria c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, la Cour d'appel fédérale a modifié la norme de contrôle afin qu'une plus grande déférence soit accordée aux ordonnances discrétionnaires des protonotaires. Selon la CAF, la norme *Housen* de la Cour suprême du Canada (norme de la décision correcte pour ce qui est des questions de droit et norme de l'erreur manifeste et dominante relativement aux conclusions de fait) s'applique maintenant aux ordonnances des protonotaires. Cela renforce la norme applicable aux décisions de première instance des juges des cours fédérales et des protonotaires et rend probablement plus difficile le pourvoi en appel des décisions des protonotaires.

L'arrêt *Teva Canada Limited c. Tanssen Inc.*, 2016 CF 318 accorde un niveau plus élevé de déférence aux ordonnances de protonotaires. La Cour fédérale a en effet estimé que Teva n'a pas réussi à démontrer que l'application par la protonotaire du critère juridique concernant les ordonnances de disjonction était manifestement erronée en fait ou en droit et, en conséquence, elle a refusé de modifier l'ordonnance.

Dans l'affaire *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2016 CAF 216 (en anglais seulement), la Cour d'appel fédérale, en rejetant un appel d'une décision du juge de première instance, a insisté sur le fait que le juge de première instance a droit à un certain degré de déférence relativement à son analyse de la preuve factuelle. La CAF a estimé que, comme le juge de première instance connaissait les éléments d'expertise contradictoires des parties et a produit les motifs de sa préférence de l'interprétation d'un expert par rapport à un autre, une telle conclusion était « inattaquable ». La CAF a également fait remarquer que l'interprétation des revendications, étant une question de droit, doit être passée en revue sur la base de l'exactitude, et que les juges de première instance ont néanmoins droit à une marge de manœuvre, car ils sont souvent mieux placés que les juges d'appel pour comprendre les subtilités de l'art sous-jacent à l'invention décrite dans un brevet.

Dans l'affaire *Teva Canada Limited c. Novartis Pharmaceuticals Canada Inc.*, 2016 CAF 248 (en anglais seulement), la Cour d'appel fédérale a statué que la norme de contrôle donnée au ministre au regard de la délivrance d'un avis de conformité est la

norme du raisonnable et non celle du bien-fondé, telle que constatée par la Cour fédérale en première instance.

Procès sommaires

Dans *Cascade Corporation c. Kinshofer GmbH*, 2016 CF 1117 (en anglais seulement), les parties ont accepté la procédure d'adjudication des allégations du demandeur visant une contrefaçon de brevet au moyen d'un procès sommaire de deux jours tenus en vertu de la Règle 213 des *Règles des Cours fédérales*. L'affaire portait sur un brevet concernant un « coupleur à attache rapide » servant à fixer des godets et d'autres outils au bras d'une excavatrice. Les seules questions dont a été saisie la Cour étaient les suivantes : 1) à savoir si le défendeur a contrevenu aux revendications invoquées du brevet, 2) à savoir si le défendeur Kinshofer a incité à la contrefaçon des revendications ou en a facilité la contrefaçon; 3) le droit du demandeur aux recours invoqués. Il n'y avait aucune allégation d'invalidité du brevet, et l'action a été scindée.

La preuve a été présentée au moyen d'affidavits principaux et de contre-interrogatoires hors cour. Les deux parties ont demandé à des experts de fournir des témoignages principaux de vive voix lors de l'audition, et les experts ont été contre-interrogés. Des arguments écrits ont été échangés après le procès de deux jours. Évaluant les éléments de preuve, y compris les témoignages des experts et le libellé du mémoire descriptif du brevet, la Cour en est venue à la conclusion que le coupleur de Kinshofer ne contrefaisait pas le brevet.

Dans *Kwan Lam c. Chanel S. de R.L.*, 2016 CAF 111 (en anglais seulement), la CAF a retenu la procédure de procès sommaire dans une affaire de contrefaçon dont a été saisie la Cour fédérale dans 2015 CF 1091. La CAF a fait observer qu'il est inutile de tenir un procès complet dans les cas où il y a des ventes permanentes de produits contrefaits et où le défendeur avance des éléments de preuve faibles à l'appui de sa défense. Malgré cela, la décision de première instance a été annulée et l'affaire a été renvoyée au juge de première instance pour qu'il procède à un réexamen fondé sur l'ambiguïté de sa décision quant à l'ampleur de l'infraction commise par le défendeur.

¹ En vertu de la Règle 52.4(1) des *Règles des Cours fédérales*, la partie qui souhaite appeler plus de cinq témoins experts doit en demander l'autorisation à la Cour. Cette question a également été examinée dans la directive de juin sur la proportionnalité.

² *Apotex c. Sanofi-Aventis*, 2010 CF 1282, par. 31.