

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20111109

Dossier : T-1844-07

Référence : 2011 CF 1169

[TRADUCTION FRANÇAISE CERTIFIÉE, NON RÉVISÉE]

Ottawa (Ontario), le 9 novembre 2011

En présence de monsieur le juge Hughes

ENTRE :

TEVA CANADA LIMITED

demanderesse

et

WYETH LLC ET PFIZER CANADA INC.

défenderesses

MOTIFS PUBLICS DU JUGEMENT ET JUGEMENT

(Motifs confidentiels du jugement et jugement rendus le 17 octobre 2011)

[1] La demanderesse Teva Canada Limited a déposé une requête en procès sommaire fondée sur les articles 213 et suivants des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, à l'égard des questions en litige dans la présente action. Pour les motifs exprimés ci-dessous, je conclus que la requête sera instruite par voie de procès sommaire et que Teva ne peut plus poursuivre la demande fondée sur l'article 8 et engagée par Ratiopharm dans la présente action.

[2] L'action visée par la présente affaire a été intentée par une société du nom de Ratiopharm inc. qui, dans une déclaration datée du 22 octobre 2007, a réclamé une indemnité à des sociétés appelées Wyeth et Wyeth Canada en se fondant sur les dispositions de l'article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (Règlement AC). Cette demande découlait de procédures antérieures que Wyeth avait engagées en vertu du Règlement AC contre Ratiopharm à l'égard du brevet canadien n° 1,248,540 (le brevet 540) et du brevet canadien n° 2,199,778 (le brevet 778). Dans la présente action, Wyeth avait présenté une demande reconventionnelle dans laquelle elle avait soutenu que les brevets 540 et 778 avaient été contrefaits et sollicité, notamment, des dommages-intérêts ou des bénéfices. Cependant, juste avant l'audition de la présente requête, Wyeth a abandonné la demande reconventionnelle. Au cours de la présente action, la demanderesse est devenue Teva Canada Limited (Teva) et les défenderesses sont devenues Wyeth LLC et Pfizer Canada Inc. Le changement concernant la demanderesse sera commenté de façon plus détaillée ci-dessous. Quant aux défenderesses, il convient de les désigner collectivement sous le nom de Wyeth.

TABLE DES MATIÈRES

[3] Voici une table des matières des présents motifs :

L'INSTANCE FONDÉE SUR LE RÈGLEMENT AC	Paragraphes 4 à 8
LA LICENCE DE NOVOPHARM	Paragraphes 9 à 13
LA FUSION	Paragraphes 14 à 18
LA PREUVE	Paragraphes 19 à 21

LA REQUÊTE EN PROCÈS SOMMAIRE	Paragraphe 22
LES DATES ET NOMS PERTINENTS	Paragraphe 23 à 25
LES QUESTIONS EN LITIGE	Paragraphe 26 à 58
Question n° 1 – Convient-il de trancher la présente affaire par voie de procès sommaire?	Paragraphe 27 à 34
Question n° 2 – À qui incombe le fardeau de la preuve dans un procès sommaire?	Paragraphe 35 à 37
Question n° 3 – Teva, la société issue de la fusion, a-t-elle le droit de poursuivre la demande d'indemnité fondée sur l'article 8 et engagée par Ratiopharm dans la présente action?	Paragraphe 38 à 57
Question n° 4 – Si la réponse à la question n° 3 est affirmative, Wyeth a-t-elle le droit de retrancher par voie de compensation à la demande fondée sur l'article 8 les gains réalisés par Teva/Novopharm aux termes de l'accord de licence?	Paragraphe 58
CONCLUSION ET DÉPENS	Paragraphe 59

L'INSTANCE FONDÉE SUR LE RÈGLEMENT AC

[4] Il convient d'abord d'examiner les procédures que Wyeth a engagées contre Ratiopharm. Le 23 décembre 2005, Ratiopharm a signifié à Wyeth un avis d'allégation dans lequel elle a affirmé qu'elle souhaitait commercialiser au Canada une version générique d'un médicament que

Wyeth vendait au Canada sous le nom commercial EFFEXOR XR. Dans cet avis, Ratiopharm a mentionné qu'elle reconnaissait qu'aucun avis de conformité ne lui serait accordé avant l'expiration du brevet 540 et a soutenu que le brevet 778 était invalide et ne serait pas contrefait par le produit qu'elle comptait commercialiser.

[5] Le 10 janvier 2006, le brevet 540 a expiré. Compte tenu de l'abandon de la demande reconventionnelle, il n'est pas nécessaire de s'attarder plus longuement au brevet 540.

[6] Le 10 février 2006, Wyeth a engagé des procédures contre Ratiopharm en vertu des dispositions du Règlement AC afin d'interdire la délivrance d'un avis de conformité à celle-ci jusqu'à l'expiration du brevet 778.

[7] Le 18 décembre 2006, Ratiopharm a présenté une requête portant rejet de l'instance relative à l'AC de Wyeth au motif que le brevet 778 n'était pas admissible aux termes du Règlement AC. Le 29 mars 2007, la Cour fédérale a rendu une ordonnance dans laquelle elle a rejeté cette requête, mais uniquement en partie. Le 1^{er} août 2007, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de Ratiopharm et rejeté en entier la demande d'interdiction de Wyeth.

[8] Le 2 août 2007, Ratiopharm a reçu de Santé Canada un avis de conformité dans lequel le ministre de la Santé approuvait la vente de son produit, soit le ratio-VENLAFAXINE XR, au Canada. Le 15 août 2007, Ratiopharm a commencé à vendre ce produit au Canada.

LA LICENCE DE NOVOPHARM

[9] Avant même que l'instance relative à l'AC ait été engagée contre Ratiopharm, Novopharm Limited était une société canadienne qui, à l'instar de Ratiopharm, faisait affaires au Canada dans le domaine de la vente de médicaments génériques. Novopharm et Ratiopharm étaient des concurrents à l'époque.

[10] Le 7 décembre 2005, Novopharm et Wyeth ont conclu un accord de licence dans lequel Wyeth a autorisé Novopharm, notamment, à vendre la version générique que celle-ci avait produite du médicament en litige aux termes du brevet 778. Novopharm a commencé à vendre cette version générique au Canada vers le 1^{er} décembre 2006.

[11] L'accord de licence comportait des conditions selon lesquelles [partie omise]

[partie omise]

[12] Au début de l'année 2006, Wyeth a avisé Novopharm qu'elle avait reçu signification d'un avis d'allégation de Ratiopharm. Après un échange de communications entre les avocats de Novopharm et de Wyeth, celle-ci a engagé l'instance relative à l'AC. Cet échange sera commenté plus loin.

[13] Le 6 février 2010, Novopharm a modifié son nom et est devenue Teva Canada Limited. Les différents concédants de licence nommés dans l'accord ont changé jusqu'à un certain point; cependant, les avocats de chacune des parties à l'audience tenue devant moi ont convenu qu'il était possible de les désigner simplement sous le nom de Wyeth pour l'examen de la présente requête.

LA FUSION

[14] Le 10 août 2010, Ratiopharm (et trois autres sociétés liées) a fusionné avec Teva Canada Limited (auparavant Novopharm) et a été maintenue sous le nom de Teva Canada Limited.

[15] Depuis la fusion, Teva a vendu les médicaments génériques de Ratiopharm et de Novopharm conformément à l'accord de licence conclu avec Wyeth.

[16] La fusion de Ratiopharm (et d'autres sociétés) et de Teva (auparavant Novopharm) a été effectuée conformément aux dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*,

L.R.C. 1985, c. C-44, dont l'article 186 est ainsi libellé :

186. À la date figurant sur le certificat de fusion :

- a) la fusion des sociétés en une seule et même société prend effet;
- b) les biens de chaque société appartiennent à la société issue de la fusion;
- c) la société issue de la fusion est responsable des obligations de chaque société;
- d) aucune atteinte n'est portée aux causes d'actions déjà nées;
- e) la société issue de la fusion remplace toute société fusionnante dans les poursuites civiles, pénales ou administratives engagées par ou contre celle-ci;
- f) toute décision, judiciaire ou quasi judiciaire, rendue en faveur d'une société fusionnante ou contre elle est exécutoire à l'égard de la société issue de la fusion;

g) les statuts de fusion et le certificat de fusion sont réputés être les statuts constitutifs et le certificat de constitution de la société issue de la fusion.

[17] Avant la fusion, le fondateur de Ratiopharm est décédé dans des circonstances tragiques. Cette société faisait partie d'un groupe d'entreprises appartenant directement ou indirectement à une société européenne du nom de Merckle GGMBH. Avant la fusion, une série de mesures complexes de vente et de restructuration qui concernaient Ratiopharm, mais dont aucune n'est pertinente quant aux questions en litige en l'espèce, ont été prises. Teva (auparavant Novopharm) et Ratiopharm ont ensuite fusionné.

[18] Les parties conviennent qu'avant la date de la fusion, Teva et ses sociétés mères n'ont acheté aucun droit litigieux de Ratiopharm dans la présente action ni d'autres biens de celle-ci.

LA PREUVE

[19] Teva, qui a présenté la requête, a fourni deux affidavits ainsi que des pièces jointes à chacun d'eux. Un de ces affidavits était celui de Kane Denike, directeur de la propriété intellectuelle chez Teva, qui a attesté une bonne partie des événements passés concernant Ratiopharm et la licence de Novopharm. L'autre affidavit, qui comportait des pièces, a été signé par Ildiko Mehes, vice-présidente et avocate générale de Teva Canada Limited, et concernait la restructuration de Ratiopharm et son acquisition par Teva Canada Limited. Les deux souscripteurs d'affidavit ont été contre-interrogés.

[20] Wyeth a produit en preuve l'affidavit de Denise Pope, technicienne juridique du bureau de son avocat. M^{me} Pope a joint à son affidavit une transcription de l'interrogatoire préalable de

Kane Denike et certaines lettres échangées entre les avocats des parties. Cependant, elle n'a pas été contre-interrogée.

[21] Dans une lettre datée du 13 mai 2011 qui a été envoyée à l'avocat de Wyeth, l'avocat de Teva a souligné ce qui suit :

[TRADUCTION]

Aux fins du procès sommaire, Teva est disposée à reconnaître ce qui suit :

1. Novopharm Limited a conclu l'accord de licence du 7 décembre 2005 et a plus tard changé son nom pour devenir Teva Canada Limited. Ratiopharm n'a pas signé l'accord de licence avant la fusion. L'effet juridique de la fusion en ce qui concerne cette question ne constitue pas un « fait » nécessitant un interrogatoire préalable et peut être déterminé dans le cadre d'un procès sommaire.
2. Teva reconnaît qu'au cours de la période allant du 10 janvier 2006 au 2 août 2007 (la « période pertinente »), Novopharm a été avantagée du fait que Ratiopharm n'était pas sur le marché, puisque Novopharm était titulaire de licence en vertu de l'accord de licence. Le montant de l'avantage que Teva a obtenu n'est pas pertinent et aucun interrogatoire préalable n'est nécessaire à ce sujet, à moins qu'il ne soit établi dans le cadre d'un procès sommaire que la fusion a juridiquement pour effet d'autoriser Wyeth à retrancher par voie de compensation les gains de Teva aux pertes de Ratiopharm.
3. Teva reconnaît que le paragraphe 5.1 de l'accord de licence oblige Wyeth à déployer des efforts raisonnables sur le plan commercial pour mettre fin à toute contrefaçon réelle ou possible du brevet canadien n° 2,199,778 par un fabricant de médicaments génériques et que la demande d'interdiction était conforme à cette obligation. L'effet juridique de la fusion en ce qui concerne cette question n'est pas un « fait » nécessitant un interrogatoire préalable et peut être déterminé dans le cadre d'un procès sommaire.

LA REQUÊTE EN PROCÈS SOMMAIRE

[22] Teva a déposé la présente requête en procès sommaire dans laquelle elle sollicite ce qui suit :

[TRADUCTION]

Ordonnance sollicitée

40. La demanderesse (défenderesse reconventionnelle) demande à la Cour de rendre une ordonnance faisant droit à la requête en procès sommaire conformément à l'article 216 des *Règles des Cours fédérales* et concluant ce qui suit :

- a) Teva Canada a le droit de poursuivre la demande fondée sur l'article 8 du Règlement AC que Ratiopharm a précédemment déposée dans la présente action;
- b) Quel que soit le montant, Wyeth n'a pas le droit de retrancher par voie de compensation au préjudice que Ratiopharm a subi pendant la période où elle a été tenue en dehors du marché les gains que Novopharm a réalisés en qualité de titulaire de licence de Wyeth aux termes de l'accord de licence;
- c) (Texte supprimé par suite de l'abandon de la demande reconventionnelle).

[23] Les défenderesses Wyeth sollicitent ce qui suit dans leur mémoire :

[TRADUCTION]

1. Une ordonnance portant que les questions soulevées dans la requête de la demanderesse ne se prêtent pas à la tenue d'un procès sommaire et qu'un procès sommaire n'est pas susceptible de contribuer efficacement au règlement de l'action;
2. Subsidiairement, une ordonnance portant que Teva n'a pas le droit de poursuivre la demande d'indemnité que Ratiopharm a présentée en vertu de l'article 8 du Règlement;
3. Si Teva a le droit de poursuivre la demande d'indemnité, une ordonnance portant que le montant correspondant au préjudice subi par Teva peut être

retranché aux gains que Teva a ou aurait réalisés aux termes de l'accord de licence;

4. Les dépens de la présente requête, quelle que soit l'issue de la cause;
5. Toute autre réparation que les avocats peuvent juger à propos de réclamer et que la Cour estime juste.

LES DATES ET NOMS PERTINENTS

[24] Les dates et événements pertinents quant à l'examen des questions à trancher dans la présente requête ne sont pas contestés. Je les résumerai ci-après. De plus, par souci de commodité et pour éviter tout risque de confusion, même s'il est admis que Novopharm a changé de nom et a commencé à utiliser le nom de Teva avant la fusion avec Ratiopharm et que la société issue de la fusion a poursuivi ses activités sous le nom de Teva, j'appellerai Novopharm par ce nom pour la période allant jusqu'à la fusion. En conséquence, aux fins des présents motifs, je dirai que Novopharm et Ratiopharm ont fusionné et que la société issue de cette fusion a été maintenue sous le nom de Teva.

[25] Les dates pertinentes comprennent les dates suivantes :

- a. 7 décembre 2005

Wyeth et Novopharm ont conclu l'accord de licence.

- b. 7 décembre 2005

Le ministre de la Santé atteste que, n'eut été de l'instance relative à l'AC, Ratiopharm aurait reçu un avis de conformité à cette date.

c. 10 janvier 2006

Le brevet 540 a expiré; Ratiopharm s'était engagée, dans son avis d'allégation, à s'abstenir de vendre son médicament au Canada avant la date d'expiration. Il s'agit de la date qui marque le début de la période pour laquelle Ratiopharm demande une indemnité fondée sur l'article 8.

d. 10 février 2006

Wyeth a engagé l'instance relative à l'AC contre Ratiopharm.

e. 1^{er} décembre 2006

Novopharm a commencé à vendre son médicament au Canada conformément à la licence qu'elle avait obtenue de Wyeth.

f. 1^{er} août 2007

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'instance relative à l'AC de Wyeth.

g. 2 août 2007

Ratiopharm a reçu son AC. Cette date marque la fin de la période pour laquelle Ratiopharm demande une indemnité fondée sur l'article 8.

h. 15 août 2007

Ratiopharm a commencé à vendre son médicament au Canada.

i. 22 octobre 2007

Ratiopharm a déposé sa déclaration dans la présente action afin d'obtenir une indemnité fondée sur l'article 8.

j. 6 décembre 2007

Wyeth a déposé sa défense et sa demande reconventionnelle.

k. 16 février 2010

Novopharm a changé son nom et est devenue Teva.

l. Mars 2010

Teva a acquis une participation dans Ratiopharm.

m. 10 août 2010

Ratiopharm et Novopharm (alors appelée Teva) ont fusionné sous le nom de Teva.

n. 19 septembre 2011

Wyeth a abandonné sa demande reconventionnelle.

[26] Un tableau illustrant les dates et événements susmentionnés est joint aux présents motifs en annexe A.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[27] Les questions en litige sont les suivantes :

Question n° 1 : Convient-il de trancher la présente affaire par voie de procès sommaire?

Question n° 2 : À qui incombe le fardeau de la preuve dans un procès sommaire?

Question n° 3 : Teva, la société issue de la fusion, a-t-elle le droit de poursuivre la demande d'indemnité fondée sur l'article 8 et engagée par Ratiopharm dans la présente action?

Question n° 4 : Si la réponse à la question n° 3 est affirmative, Wyeth a-t-elle le droit de retrancher par voie de compensation à la demande fondée sur l'article 8 les gains réalisés par Teva/Novopharm aux termes de l'accord de licence?

Question n° 1 : **Convient-il de trancher la présente affaire par voie de procès sommaire?**

[28] Les articles 213 à 219 des *Règles des Cours fédérales* n'ont été ajoutés que récemment aux Règles, soit en 2009, et sont calqués en grande partie sur l'article 18-A (aujourd'hui l'article 9-7) des Supreme Court Civil Rules (règles de la Cour suprême en matière civile) de la Colombie-Britannique (règlement 168/209 de la Colombie-Britannique).

[29] La Cour fédérale a examiné ces nouveaux articles des Règles et a appliqué à l'occasion des décisions rendues par les tribunaux de la Colombie-Britannique, notamment dans *Wenzel Downhole Tools c National-Oilwell Canada Ltd*, 2010 CF 966, 87 CPR (4th) 412, aux paragraphes 33 à 40; *Louis Vuitton Malletier SA c Singga Enterprises (Canada) Inc*, 2011 CF 776, aux paragraphes 92 à 99; *TPG Technology Consulting Ltd c La Reine*, 2011 CF 1054, aux paragraphes 16 à 23; et *Trevor Nicholas Construction Co c Canada*, 2011 CF 70, aux paragraphes 43 à 46.

[30] Le principe devant guider l'interprétation des Règles, y compris les articles de celles-ci qui sont en litige en l'espèce, est énoncé à l'article 3, selon lequel les Règles doivent être interprétées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible :

3. Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

3. These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.

[31] Ce principe ne peut être appliqué à la légère ou abordé pour la forme seulement; il constitue le principe de base qui doit guider l'interprétation de chacune des Règles de la Cour fédérale. Les Règles offrent différents moyens de trancher une instance, y compris les requêtes en radiation, les décisions préliminaires sur un point de droit, la détermination du bien-fondé d'une question, le procès complet et, maintenant, le jugement et le procès sommaires. Ces moyens doivent être utilisés de manière judicieuse, chaque cas pouvant nécessiter une décision distincte. Cependant, il n'y a pas lieu de dire que les Règles exigent la tenue d'un procès complet

à moins que l'affaire ne soit visée par l'une des autres catégories. Ce qu'il faut retenir, c'est qu'il est possible d'apporter au litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible en choisissant le moyen qui convient parmi ceux qui sont disponibles à cette fin.

[32] La jurisprudence évolue à cet égard de façon que la Cour soit investie du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour conduire ses propres procédures afin d'apporter au litige une solution juste, expéditive et économique; dans ce contexte, il faut savoir, notamment, ce qui suit :

- a. il n'est pas nécessaire de réserver la tenue d'un procès sommaire aux seuls cas où chaque question en litige sera tranchée. La Cour peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, examiner la ou les questions en litige en cause et décider s'il convient de les trancher par voie de procès sommaire (paragraphe 213(1) des Règles);
- b. la partie qui demande un procès sommaire devrait présenter sa preuve pertinente quant aux questions en litige, tout comme la partie intimée, qui ne peut fonder sa réponse sur un élément qui pourrait être produit ultérieurement en preuve dans l'instance (article 214 des Règles);
- c. lorsque la preuve n'est pas contestée ou controversée ou que la crédibilité n'est pas vraiment en jeu, la Cour devrait être davantage tentée d'accorder la requête en procès sommaire. Cela ne signifie pas qu'il n'y aura pas de procès sommaire si la preuve est contestée ou controversée ou que la crédibilité est en jeu. Cela signifie

que la Cour doit décider s'il existe ou non « une véritable question litigieuse » (article 215 des Règles);

- d. la Cour ne devrait pas éviter la tenue d'un procès sommaire pour la simple raison qu'il existe une question de droit sérieuse à trancher (paragraphe 215(5) des Règles).

[33] Ces Règles sont destinées à être utilisées et non à être éludées ou contournées. Dans les cas opportuns, il convient de tenir un procès sommaire et de rendre un jugement sommaire.

[34] Dans la présente affaire, je suis d'avis que la tenue d'un procès sommaire et le prononcé d'un jugement sommaire constituent une bonne façon de procéder de manière à apporter aux questions en litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible. J'en arrive à cette conclusion pour les raisons suivantes :

- a. les questions en litige sont bien définies et, même si la réponse qui leur est donnée ne tranchera peut-être pas tous les points litigieux dans l'action, il s'agit de questions importantes dont la solution permettra d'accélérer le déroulement ou le règlement de l'action ou de ce qui en reste entre les parties agissant de bonne foi;
- b. les faits nécessaires pour répondre aux questions ressortent clairement de la preuve;

- c. la preuve n'est pas controversée et la crédibilité n'est pas en jeu;
- d. bien qu'elles soient nouvelles, les questions de droit peuvent être réglées aussi facilement maintenant qu'elles le seraient par ailleurs à l'issue d'un procès complet.

Question n° 2 : À qui incombe le fardeau de la preuve dans un procès sommaire ?

[35] Il y a plusieurs étapes à examiner à cet égard. D'abord, la partie qui demande la tenue d'un procès sommaire doit démontrer que cette mesure est appropriée (*Trevor Nicholas Construction*, décision précitée, au paragraphe 44). Il s'agit là du fardeau de preuve habituel dont la partie requérante, en l'occurrence la demanderesse, s'est déchargée.

[36] Une fois que la question est portée devant la Cour pour être instruite par voie de procès sommaire, le fardeau de preuve qui s'applique est le fardeau de preuve habituel en matière civile. En résumé, la partie qui formule une allégation doit l'établir au moyen des éléments de preuve et des règles de droit pertinents.

[37] Dans la présente affaire, la demanderesse Teva soutient qu'elle a droit à une indemnité en vertu de l'article 8 du Règlement AC. Elle doit faire cette preuve. Les défenderesses Wyeth répondent pour leur part que, par suite de la fusion, de l'octroi de la licence à Novopharm et d'autres événements, Teva a perdu le droit de demander cette indemnité. Les défenderesses doivent aussi faire cette preuve. Dans chaque cas, le fardeau qui s'applique est le fardeau habituel en matière civile, soit la prépondérance des probabilités.

Question n° 3 : Teva, la société issue de la fusion, a-t-elle le droit de poursuivre la demande d'indemnité fondée sur l'article 8 et engagée par Ratiofarm dans la présente action?

[38] Pour répondre à cette question, il convient d'abord d'examiner la situation où aucune fusion n'aurait eu lieu et où seule Ratiofarm formule une demande en vertu de l'article 8 du Règlement AC. Tous les critères nécessaires pour prouver le bien-fondé de la demande seraient établis. Ratiopharm est une « seconde personne »; elle a été tenue à l'écart du marché jusqu'à ce que la Cour d'appel fédérale « rejette » la demande de Wyeth. Les dates que Ratiopharm a invoquées comme dates marquant le début et la fin de la période visée par la demande, soit respectivement la date d'expiration du brevet 540 et la date du rejet de la demande de Wyeth par la Cour d'appel fédérale, sont raisonnables. Il serait nécessaire de déterminer le montant de l'indemnité et d'examiner les arguments soulevés par Wyeth.

[39] Le fardeau de la preuve est ensuite transféré à Wyeth, qui doit expliquer pourquoi la fusion, la licence accordée à Novopharm et d'autres événements touchent la demande fondée sur l'article 8. À cet égard, l'avocat de Wyeth a invoqué trois arguments. Je reproduis ci-après les titres donnés à ces arguments dans le mémoire de l'avocat de Wyeth :

[TRADUCTION]

Teva n'a pas droit à une indemnité pour la période terminée le 1^{er} décembre 2006, puisqu'elle a convenu par contrat de ne pas entrer sur le marché avant cette date;

Teva n'a pas droit à une indemnité pour la période allant du 1^{er} décembre 2006 au 2 août 2007, parce qu'elle était apparemment sur le marché pendant cette période;

Teva a demandé à Wyeth d'engager la demande d'interdiction, mais elle sollicite aujourd'hui une indemnité, soutenant que cette demande n'aurait jamais dû être présentée.

[40] De façon générale, les parties conviennent qu'en ce qui concerne les effets d'une fusion, les principes que la Cour suprême du Canada a énoncés dans *R c Black & Decker Manufacturing Company Limited*, [1975] 1 R.C.S. 411, aux pages 421 et 422, s'appliquent :

[...] Mais dans une fusion on recherche un résultat différent et on adopte des mécanismes juridiques différents, généralement dans le but exprès d'assurer la continuité d'existence des compagnies constituantes. Le facteur qui motive cette recherche peut être la Loi de l'impôt sur le revenu ou des difficultés pouvant survenir lors de transferts d'actifs si l'absorption se faisait par l'achat de biens ou d'actions. Mais quel que soit le motif, le résultat final est de se coaliser de manière à créer un tout homogène. Certains ont proposé des analogies avec la rivière qui part du confluent de deux cours d'eau, ou avec le cordage unique que forme l'entrelacement des différents torons.

[. . .]

[...] Bien interprétée, la loi a pour effet de permettre aux compagnies constituantes de subsister dans leur intégralité au sein de la compagnie née de la fusion avec toutes leurs forces et leurs faiblesses, leurs qualités et leurs défauts ainsi que leurs péchés, lorsqu'elles sont pécheresses. Les lettres patentes de fusion ne donnent pas l'absolution.

[41] Il convient d'ajouter à ces remarques les commentaires que madame la juge Feldman a formulés dans *Heidelberg Canada Graphic Equipment Ltd c Arthur Anderson Inc*, (1992), 7 BLR (2nd) 236, au paragraphe 56 (Cour de justice de l'Ontario siégeant en matière de faillite) :

[TRADUCTION]

56 Dans ces affaires, il a été décidé que les sociétés fusionnantes ne meurent pas lors de la fusion, mais continuent à exister dans la société issue de la fusion. Il n'y a pas « d'ancienne » société éteinte ou de « nouvelle » société créée. Il n'y a pas de transfert des biens des sociétés fusionnantes à la société issue de la fusion; c'est ce qui

ressort de l'emploi du mot « continues » dans la version anglaise de la loi ainsi que de l'énoncé selon lequel la société issue de la fusion « possède tous les biens... » des sociétés fusionnantes. Voici les commentaires que le juge en chef Dickson a formulés à ce sujet dans l'arrêt *Black & Decker*, à la page 417 [R.C.S.] :

Si la naissance ou la disparition d'une corporation avait été envisagée, on aurait pu s'attendre à trouver, dans la loi, quelques dispositions sur le transfert ou la cession ou la transmission des actifs et non simplement le mot « possède », lequel renforce le concept de continuité. [...]

(La *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-32, et la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B-16 (L.S.A.O.) comportent le même libellé, tandis que le texte figurant dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, est semblable.)

[42] L'article 186 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, susmentionnée, a été édicté après le jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans *Black & Decker*, mais reprend les principes énoncés dans cette décision. Plus précisément, les alinéas 186 a), b), c) et d) prévoient ce qui suit :

186. À la date figurant sur le certificat de fusion :

a) la fusion des sociétés en une seule et même société prend effet;

b) les biens de chaque société appartiennent à la société issue de la fusion;

186. On the date shown in a certificate of amalgamation

(a) the amalgamation of the amalgamating corporations and their continuance as one corporation become effective;

(b) the property of each amalgamating corporation continues to be the property of the amalgamated corporation;

c) la société issue de la fusion est responsable des obligations de chaque société;	(c) the amalgamated corporation continues to be liable for the obligations of each amalgamating corporation;
d) aucune atteinte n'est portée aux causes d'actions déjà nées;	(d) an existing cause of action, claim or liability to prosecution is unaffected;

[43] Dans la présente affaire, il est indéniable qu'en l'absence des arguments soulevés par Wyeth, la société issue de la fusion, Teva, peut poursuivre la demande déposée en vertu de l'article 8 dans la présente action et engagée par Ratiopharm. Cependant, il faut se demander quel est l'effet de la présence de Novopharm, à titre de partie fusionnante, sur la société issue de la fusion; plus précisément, quel est l'effet de la licence de Novopharm et des activités poursuivies au nom de celle-ci par ses avocats?

[44] L'avocat de Wyeth a soutenu que la société issue de la fusion, Teva, continue par effet de la loi à détenir une licence en vertu de l'accord de licence de Novopharm aux termes de l'article 186 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. L'avocat de Teva souscrit à cet argument. L'avocat de Wyeth a ensuite fait valoir que la Cour devait, en conséquence, imputer rétrospectivement à Ratiopharm toutes les obligations qui incombaient à Novopharm en qualité de titulaire de licence, tout en affirmant qu'il n'avait nullement été question d'application rétrospective et qu'il était plutôt reconnu que Teva (et donc, Ratiopharm, en qualité de partie issue de la fusion) était débitrice de toutes les obligations de manière prospective, mais sur une base rétrospective. L'argument en ferait sourciller plusieurs et je ne m'y attarderai pas, étant

donné que je suis d'avis qu'un autre argument formulé par l'avocat de Wyeth permet de trancher la question.

[45] L'argument en question concerne la doctrine de l'option reconnue en *equity*. Cette doctrine a connu un nouveau souffle depuis le jugement que la Cour d'appel de l'Ontario a prononcé dans *Granot c Herson* (1999), 43 OR (3d) 421, à la page 424, ainsi que la décision qu'a rendue la Cour supérieure de l'Ontario dans *Bickley c Bickley Estate* (1999), 29 ETR (2d) 132.

[46] Récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné à fond cette doctrine dans *Charter Building Co c 1540957 Ontario Inc*, 2011 ONCA 487, où le juge Epstein, qui a prononcé le jugement pour l'ensemble du tribunal, y compris les juges Armstrong et Karakatsanis, a établi une distinction entre la doctrine de l'option reconnue en common law et celle qui est reconnue en *equity*. Selon la doctrine de l'option, une personne ne peut exercer un droit incompatible avec un autre droit dont elle s'est consciemment et clairement prévalue. Pour que la doctrine s'applique en *equity*, il n'est pas nécessaire de démontrer que la partie en question a fait un choix conscient entre des droits incompatibles au moment où la décision initiale a été prise; la doctrine de l'option reconnue en *equity* ne sous-entend aucun choix, mais simplement le fait d'accepter les conséquences d'une décision déjà prise.

[47] Je reproduis ci-après les propos que le juge Epstein, de la Cour d'appel de l'Ontario, a formulés aux paragraphes 15 à 22 :

[TRADUCTION]

15 Essentiellement, selon la doctrine de l'option, une personne ne peut exercer un droit incompatible avec un autre droit dont elle s'est consciemment et clairement prévalu.

16 La doctrine est énoncée dans la décision souvent citée que Lord Atkin a rendue dans *United Australia Ltd. c. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1 (C.L), où l'appelante avait engagé une action contre une société fondée sur un chèque et sur ce qu'elle a appelé un enrichissement sans cause. Le chèque avait été établi illégalement. L'action a été abandonnée et aucun jugement n'a été rendu. Les parties appelantes ont ensuite intenté une action contre la banque afin d'obtenir la conversion du chèque. Il a été décidé que l'introduction de la première action n'équivalait pas à une renonciation à l'argument du délit de façon à empêcher le dépôt de la deuxième action. Dans les motifs de sa décision, Lord Atkin s'est exprimé comme suit, aux pages 29 et 30 :

Il me semble qu'à cet égard, il est essentiel de se rappeler la distinction entre le fait de choisir entre deux recours possibles et celui d'opter pour l'un de deux droits incompatibles. En ce qui concerne les recours, la seule restriction a toujours porté sur le choix entre l'action réelle et l'action personnelle. Si vous choisissez la première, vous ne pouvez vous tourner vers la seconde.

[...]

En revanche, si une personne a le droit d'exercer un ou deux droits incompatibles, il convient que lorsqu'il a en toute connaissance de cause accompli un acte non équivoque démontrant qu'il a choisi un des deux, il ne peut par la suite faire valoir l'autre, qu'il ne peut plus exercer après avoir choisi le premier droit, en raison de cette incompatibilité. Un exemple qui illustre ce principe est le cas de la personne ayant traité avec un mandataire qui ne lui a pas révélé l'existence de son mandat. Cette personne a le choix de poursuivre le mandant ou le mandataire. C'est le cas du locateur qui peut, en cas de non-respect des conditions du bail par le locataire, exiger la résiliation du bail ou considérer que l'ancien locataire est toujours locataire, et ainsi de suite. Les observations suivantes de lord Blackburn dans l'arrêt *Scarf v. Jardine* ((1882) 7 App. Cas. 345 (C.L.), à la page 360) sont à propos : « La personne qui choisit entre deux choses incompatibles ne peut se dédire une fois qu'elle a fait son choix ». Dans un

passage subséquent [(1882) 7 App. Cas. 345, p. 361], lord Blackburn parle d'un homme qui choisit entre deux recours, mais il est évident que ces recours concernent les éléments incompatibles susmentionnés. Dans l'affaire en question, le demandeur pouvait exercer un recours contre deux anciens associés ou contre deux nouveaux associés, mais non contre les deux groupes en même temps. Lord Blackburn cite l'affaire *Dumpor* [(1601) 4 Co. Rep. 119(b)], où il s'agissait simplement de droits incompatibles et de renonciation à la confiscation. Je suis donc d'avis que, en ce qui concerne les recours possibles, aucune question de choix ne se pose avant qu'un jugement ait été rendu sur l'un de ceux-ci.

17 Les tribunaux canadiens ont approuvé la doctrine. Voir, par exemple, *Findlay c. Findlay*, [1952] 1 R.C.S. 96, aux pages 103, 104 et 110.

18 La doctrine de l'option a été classée en deux catégories : la doctrine de l'option reconnue en common law et celle qui est reconnue en *equity*.

19 En common law, la doctrine de l'option s'applique dans les situations où une partie devant faire un choix entre deux mesures incompatibles qui touchent les droits et obligations d'une autre partie opte sans équivoque pour une des deux mesures et fait connaître son choix à l'autre partie. Selon la doctrine, la partie qui opte pour une mesure ne peut par la suite faire valoir celle qu'elle a rejetée. L'option choisie entre en vigueur au moment où elle est communiquée, puisque les parties à une relation continue ont le droit de savoir à quoi s'en tenir : *The Commonwealth of Australia c. Verwayen* (1990), 170 C.L.R. 394 (H.C.A.), aux pages 421 et 422.

20 Après l'élaboration de la doctrine reconnue en common law, les tribunaux d'*equity* ont établi un principe distinct applicable en *equity*, dans le contexte des testaments et des fiducies. La doctrine repose sur le fait qu'après avoir obtenu un avantage précis découlant d'une opération, la partie concernée doit accepter toutes les conséquences de l'opération en question, y compris celles qui la désavantagent : *Granot c. Hersen* (1999), 43 O.R. (3d) 421 (C.A.), à la page 424; Piers Feltham, Daniel Hochberg & Tom Leech, *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 4th ed. (Londres : LexisNexis UK, 2004), aux pages 361 et 362.

21 Les deux doctrines sont différentes. Cette affirmation est énoncée en toutes lettres dans le passage suivant de la décision *Banner Industrial and Commercial Properties Ltd. c. Clark Paterson Ltd.*, [1990] 2 E.G.L.R. 139 :

Il y a cependant un autre principe selon lequel une partie peut être contrainte de s'en tenir à son choix : il s'agit de la doctrine de l'option. Comme le vicomte Maugham l'a expliqué dans *Lissenden c. CAV Bosch Ltd* [1940] A.C. 412, aux pages 417 et 418, le mot « election » (option) est un terme employé dans différents sens. Il existe une doctrine de l'option reconnue en *equity* (appelée en Écosse la doctrine du choix entre l'acceptation et le refus), qui est résumée dans la conclusion de Lord Eldon selon laquelle « nul ne peut accepter et rejeter le même acte » : *Ker c. Wauchope* (1819) 1 Blight 1, à la page 21. La doctrine a été appliquée principalement à un testament ou à un autre acte qui confère un avantage à une partie tout en ayant pour effet de transférer les biens de celle-ci à une autre personne. Selon le principe, lorsque la personne accepte l'avantage, elle doit également accepter de donner effet au transfert de ses propres biens ou de dédommager la personne censée bénéficier de celui-ci. Il y a aussi le principe de l'option reconnu en common law, selon lequel une partie devant, dans certaines circonstances, choisir entre différents recours (comme la confirmation ou la répudiation d'un contrat obtenu par une déclaration inexacte) peut être contrainte de s'en tenir au choix qu'elle a fait. Les circonstances dans lesquelles les deux doctrines s'appliquent sont assez différentes. [Non souligné dans l'original.]

22 Cet extrait montre donc qu'il y a une différence fondamentale entre les deux doctrines. La doctrine reconnue en *equity* ne sous-entend pas un choix entre différents recours. Pour que la doctrine s'applique en *equity*, il n'est pas nécessaire de démontrer que la partie en question a fait un choix conscient entre des droits incompatibles au moment où la décision initiale a été prise. En fait, la doctrine reconnue en *equity* ne sous-entend aucun choix, mais plutôt le fait d'accepter les conséquences d'une décision déjà prise. En revanche, la doctrine reconnue en common law repose sur un choix et s'applique de façon à empêcher une personne qui a pris une mesure de se tourner vers une conduite incompatible qu'elle a expressément rejetée.

[48] Très récemment, le juge Newbould, de la Cour supérieure de l'Ontario, a examiné une question similaire dans *Barclays Bank PLC c Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp*, 2011 ONSC 5008, aux paragraphes 210 à 218, où il s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION]

210 Devonshire soutient que, par sa conduite, Barclays devrait être réputée avoir abandonné la possibilité d'invoquer l'insolvabilité de Devonshire.

211 Les conditions générales de l'entente-cadre de l'ISDA comportent des dispositions concernant l'obligation de payer une somme d'argent. Voici ce qu'elles prévoient :

2. Obligations

a)

Conditions générales.

(i)

Chaque partie verse à l'autre le paiement ou lui livre les éléments précisés dans chaque confirmation qu'elle établit...

(iii)

L'obligation de chaque partie aux termes du sous-alinéa 2a)(i) est assujettie à la condition qu'aucun cas de défaut mettant en cause l'autre partie ne soit survenu et ne se poursuive...

212 En conséquence, l'obligation de paiement prévue dans les accords pertinents est assujettie à la condition qu'aucun cas de défaut ne soit en cours. L'obligation de Barclays de verser des sommes d'argent à Devonshire en échange de la protection de crédit aux termes des accords de swap était donc assujettie à la condition préalable que Devonshire ne soit pas insolvable, laquelle insolvabilité constituait un cas de défaut.

213 Barclays n'a pas soutenu, après l'avis de suspension, que Devonshire était en situation de défaut pour cause d'insolvabilité aux termes du sous-alinéa 5a)(vii) de l'entente-cadre de l'ISDA, ni n'a pris de mesures visant à mettre fin aux accords de swap. Elle aurait pu le faire. En qualité d'acheteur de la protection de crédit, Barclays a continué à verser des paiements mensuels à Devonshire, le vendeur de la protection, pour se prémunir contre la possibilité de défauts susceptibles de toucher le portefeuille sous-jacent de titres de créance. Ces paiements se sont poursuivis jusqu'à ce que Barclays remette son avis de résiliation anticipée le

13 janvier 2009. De la même façon, Barclays a continué à exiger des frais de Devonshire pour la protéger contre toute perturbation du marché aux termes de la marge de liquidité jusqu'à ce que cette protection prenne fin automatiquement en février 2008, en retranchant la prime de liquidité payable par Devonshire à la prime de protection qui devait être versée à celle-ci.

214 Devonshire soutient qu'en effectuant ces paiements et en ne prenant aucune mesure de résiliation aux termes de l'alinéa 6a) de l'entente-cadre de l'ISDA, Barclays a choisi de confirmer l'entente en question et a abandonné son droit d'invoquer l'insolvabilité à titre de cas de défaut.

215 Devonshire invoque un passage de l'ouvrage de Firth, intitulé *Derivatives Law and Practice* (Londres : Thomson Reuters (legal) Limited 2010, tout comme Barclays, mais pour un aspect différent. Au chapitre 11, qui concerne l'entente-cadre de l'ISDA, il est mentionné, à la page 11-59, que la partie non défaillante perd le droit de résilier l'entente si elle confirme celle-ci. Il est également mentionné que la question de savoir si cette confirmation a eu lieu est une question de fait et que, malgré l'existence d'une clause de non-renonciation, la partie non défaillante qui continue pendant une période significative à exécuter l'entente sans contester peut être réputée avoir choisi d'abandonner son droit de la résilier. Deux décisions, dont aucune ne concerne une entente-cadre de l'ISDA, sont citées au soutien de ces propositions.

216 La première décision est celle qui a été rendue dans *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA c. Shipping Corp of India* [1990] 1 Lloyd's Rep. 391 (C.L.). Dans cette affaire, un navire avait été affrété pour transporter du pétrole vers un port sûr. Le port choisi par l'affréteur n'était pas sûr; cependant, par ses agissements, le propriétaire a été réputé avoir accepté la désignation. Il a été décidé que, par sa conduite, le propriétaire du navire avait choisi d'accepter le port désigné et qu'il avait donc abandonné le droit de rejeter la désignation. Dans son jugement, Lord Goff a analysé en profondeur la doctrine de l'option et de la confirmation d'un contrat. Voici un extrait de ses propos :

Il est reconnu que le mot « waiver » (renonciation) peut avoir différents sens en droit. Plus précisément, il peut s'entendre de l'abstention d'exercer un droit ou de l'abandon d'un droit. Dans la présente affaire, il s'agit de l'abandon d'un droit par suite du choix qu'une partie a fait. En soi, l'option est un concept qui peut s'appliquer dans

plusieurs contextes. En l'espèce, il s'agit d'une option qui peut se présenter dans le contexte d'un contrat obligatoire, lorsque se présente une situation déterminée dans laquelle une des parties contractantes a la faculté, soit aux termes du contrat, soit en vertu des règles de droit générales, d'exercer un droit déterminé et qu'elle doit décider si elle exerce ou non ce droit. Comme sa décision suppose l'exercice d'une option de sa part, c'est ainsi qu'on désigne ce concept en droit. Le plus souvent, cette situation se produit lorsque l'autre partie a répudié le contrat ou a commis un manquement à celui-ci qui donne à la partie innocente le droit d'y mettre fin, ou a fait une offre réelle d'exécution qui n'est pas conforme aux clauses du contrat.

[...]

Dans tous les cas, c'est lui qui doit au bout du compte exercer l'option, non pas parce qu'il y est obligé, mais parce que, s'il n'exerce pas d'option, il risque de la perdre par l'opération de la loi, qui présumera qu'il a choisi de ne pas exercer le droit qui lui était ouvert ou qui considérera parfois qu'il a effectivement choisi de l'exercer. Des exemples de cette situation figurent, notamment, à l'article 35 de la *Sale of Goods Act*, 1979. Plus précisément, lorsqu'une partie informée des faits pertinents a agi d'une façon qui va de pair uniquement avec l'une des deux options qui s'offraient à elle, par exemple, mettre fin à un contrat ou le confirmer, elle est réputée avoir fait son choix en conséquence, tout comme l'acheteur peut être réputé avoir accepté des marchandises non visées par le contrat dans les circonstances précisées à l'article 35 de la loi de 1979.

217 La deuxième décision mentionnée dans Firth est celle de *Tele2 International Card Co. SA c. Post Office Ltd*, [2009] All E.R. (D.) 144. Dans cette affaire, Tele2 avait omis de fournir au bureau de poste une garantie de sa société mère à l'égard des obligations découlant d'un contrat de fourniture de télécartes, lequel manquement donnait au bureau de poste le droit de mettre fin au contrat. Cependant, il a été décidé qu'en vertu de la doctrine de la confirmation du contrat découlant de l'exercice d'une option, le bureau de poste avait choisi de ne pas résilier le contrat en continuant à l'appliquer pendant un an suivant le manquement.

218 Voir également *Charter Building Company c. 1540957 Ontario Inc. (Mademoiselle Women's Fitness & Day Spa)*,

2011 ONCA 487, pour un récent examen de la doctrine de l'option par le juge Epstein, de la Cour d'appel de l'Ontario.

[49] Eu égard à l'article 3 et au paragraphe 20(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, LRC 1985, ch. F-7, il est indéniable que la Cour fédérale est un tribunal de droit et d'*equity* et qu'elle peut appliquer les principes d'*equity*, notamment dans les affaires de propriété intellectuelle, y compris les affaires concernant des brevets comme la présente affaire.

[50] Dans la présente affaire, Novopharm a conclu avec Wyeth un accord de licence qui a déjà été commenté plus haut. Novopharm a obtenu une licence l'autorisant à vendre sa version générique du médicament en cause à compter d'une certaine date, pourvu qu'elle paie certaines redevances. Wyeth s'est engagée, notamment, à [TRADUCTION] « déployer des efforts raisonnables sur le plan commercial » pour mettre fin à la contrefaçon.

[51] Tel qu'il est mentionné sous la rubrique « LA PREUVE », l'avocat de Teva a affirmé que celle-ci était disposée à accepter, notamment, ce qui suit :

Teva reconnaît qu'au cours de la période allant du 10 janvier 2006 au 2 août 2007 (la « période pertinente »), Novopharm a été avantagée du fait que Ratiopharm n'était pas sur le marché, puisque Novopharm était titulaire de licence en vertu de l'accord de licence.

[52] Il appert donc de la preuve, notamment de la correspondance jointe à l'affidavit de Pope, que Denike a reconnue comme un document faisant foi dans le cadre de la communication préalable de la preuve, que lorsque Ratiopharm a engagé l'*instance relative à l'AC* en faisant parvenir un avis d'allégation à Wyeth, les avocats de celle-ci et de Novopharm ont engagé des discussions sur les mesures que Wyeth pouvait prendre. Plus précisément,

a. 12 janvier 2006

Wyeth a fait savoir à Novopharm (Teva) qu'elle avait reçu l'avis d'allégation de Ratiopharm et en a remis une copie (Pope – pièce 2A).

b. 12 janvier 2006

Les avocats de Novopharm ont fait parvenir aux avocats de Wyeth un courriel dans lequel ils ont offert de consulter et demandé la tenue d'une conférence téléphonique (Pope – pièce 2B).

c. 2 février 2006

Les avocats de Novopharm, qui n'avaient pas eu de nouvelles des avocats de Wyeth, ont fait parvenir le courriel suivant :

[TRADUCTION]

Nous présumons que Wyeth déposera un avis de demande en temps opportun et sollicitera votre confirmation. Veuillez nous tenir au courant.

(Pope – pièce 2C)

d. 8 août 2007

Les avocats de Novopharm ont fait parvenir à ceux de Wyeth une lettre dans laquelle ils ont demandé qu'une action en contrefaçon soit intentée contre Ratiopharm, qui avait reçu son AC par suite du rejet de l'instance relative à l'AC. Voici un extrait de cette lettre :

[TRADUCTION]

Obligation continue de Wyeth de faire valoir et de protéger le brevet 778 contre la contrefaçon

L'article 5.1 de l'accord exige que Wyeth et Novopharm s'informent l'une l'autre de toute

contrefaçon réelle ou possible du brevet canadien 2,199,778 (le « brevet 778 »). Novopharm avise par les présentes Wyeth d'une contrefaçon de cette nature de la part de Ratiopharm Inc.

L'article 5.1 de l'accord exige également que Wyeth « déploie des efforts raisonnables sur le plan commercial » pour empêcher la contrefaçon découlant de 'la fabrication, l'utilisation, la vente, ou l'importation de tout produit générique équivalent' au produit EFFEXOR XR, ou pour mettre fin à cette contrefaçon. Dans le dossier de la Cour fédérale n° T-243-06, Wyeth a soutenu que Ratiopharm Inc. violerait le brevet 778 si elle commercialisait le médicament venlafaxine XR. Étant donné que cette possibilité s'est concrétisée, Novopharm s'attend à ce que Wyeth engage des poursuites judiciaires contre Ratiopharm afin de mettre fin à cette contrefaçon, conformément à ses obligations découlant de l'accord.

(Pope – pièce 2D)

e. 15 août 2007

Les avocats de Wyeth ont répondu à la lettre du 8 août 2007. Aucune mention précise n'a été faite du point décrit plus haut (Pope – pièce 2E).

[53] Comme le montre le calendrier figurant plus haut dans les présents motifs, Ratiopharm a engagé la présente action le 22 octobre 2007. Wyeth a produit une défense et une demande reconventionnelle en contrefaçon (laquelle demande reconventionnelle a maintenant été abandonnée) le 6 décembre 2007.

[54] Il appert clairement de ce qui précède qu'en qualité de titulaire de licence, Novopharm a encouragé Wyeth à engager l'instance relative à l'AC contre Ratiopharm et s'attendait à ce

qu'elle le fasse. Novopharm a cru que Wyeth agissait d'une façon allant de pair avec l'obligation qu'elle avait de « *déployer des efforts raisonnables sur le plan commercial* » pour mettre fin à la contrefaçon.

[55] Par conséquent, la conduite de Novopharm est visée par la doctrine de l'option reconnue en *equity*. Novopharm a en effet clairement encouragé Wyeth à engager une action contre Ratiopharm. Tel qu'il est mentionné plus haut, Novopharm a admis qu'elle avait été avantagée par l'accord de licence.

[56] Dans ces circonstances, quel est l'effet de la fusion entre Ratiopharm, qui aurait par ailleurs une demande d'indemnité parfaitement valide en vertu de l'article 8, et Novopharm, qui serait empêchée de faire valoir cette demande en raison de la doctrine de l'option reconnue en *equity*? L'article 186 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* énonce, à l'alinéa *d*), qu'aucune atteinte n'est portée aux causes d'actions déjà nées lors de la fusion (Ratiopharm) et, à l'alinéa *e*), que la société issue de la fusion remplace toute société fusionnante dans les poursuites civiles (la présente action). Cependant, selon l'alinéa *c*), la société issue de la fusion est responsable des obligations des sociétés fusionnantes (application à Novopharm de la doctrine de l'option reconnue en *equity*).

[57] Je suis d'avis que, compte tenu de l'alinéa 186*c*) de la Loi, la doctrine de l'option reconnue en *equity* s'applique d'abord à Novopharm puis, à compter de la date de la fusion, à Teva, la société issue de la fusion, de façon à rendre désormais inopposable la demande fondée sur l'article 8 de Ratiopharm.

Question n° 4 : Si la réponse à la question n° 3 est affirmative, Wyeth a-t-elle le droit de retrancher par voie de compensation à la demande fondée sur l'article 8 les gains réalisés par Teva/Novopharm aux termes de l'accord de licence?

[58] La réponse à la question n° 3 est négative; par conséquent, il n'est pas nécessaire de répondre à la question n° 4. Étant donné que les décisions rendues au sujet de l'article 8 du Règlement AC sont récentes, il serait prudent d'éviter toute analyse conjecturale ou analyse « en cas d'appel » de questions qu'il n'est pas nécessaire de trancher à ce moment-ci.

CONCLUSIONS ET DÉPENS

[59] En conclusion, la présente requête est instruite par voie de procès sommaire et un jugement sommaire est rendu. Selon ce jugement, Teva ne peut poursuivre la demande fondée sur l'article 8 que Ratiopharm avait engagée. Les parties conviennent que les dépens de la présente requête sont fixés au montant de 20 000 \$ et suivent le sort du principal, c'est-à-dire qu'ils sont adjugés aux défenderesses Wyeth.

POST-SCRIPTUM

[60] Les présents motifs de jugement constituent une version expurgée des motifs confidentiels de jugement rendus le 17 octobre 2011, conformément à l'ordonnance de non-divulgence datée du 5 novembre 2008. Les modifications ont été apportées conformément aux indications reçues des avocats de la demanderesse Teva Canada Limited et autorisées par la Cour, et sont maintenant incorporées aux présents motifs publics du jugement.

JUGEMENT

POUR LES MOTIFS EXPOSÉS CI-DESSUS :

LA COUR ORDONNE :

1. La présente requête est instruite par voie de procès sommaire et un jugement sommaire est rendu aux présentes.

2. La demanderesse Teva n'a pas le droit de poursuivre la demande d'indemnité que Ratiopharm avait présentée en vertu de l'article 8 du Règlement AC.

3. Les dépens de la présente requête, fixés au montant de 20 000 \$, sont adjugés aux défenderesses.

« Roger T. Hughes »

Juge

Motifs publics rendus le 9 novembre 2011
Motifs confidentiels rendus le 17 octobre 2011

Traduction certifiée conforme
Christiane Bélanger, L.L.L.

ANNEXE « A »

7 déc. 2005

Accord de licence entre Wyeth et Novopharm

Le ministre de la Santé atteste que Ratiopharm aurait reçu un AC n'eut été de l'instance de Wyeth

10 fév. 2006

Wyeth engage l'instance relative à l'AC contre Ratiopharm

1^{er} août 2007

La CAF rejette l'instance relative à l'AC de Wyeth

15 août 2007

Ratiopharm commence à vendre son médicament au Canada

6 déc. 2007

Wyeth produit sa défense et sa demande reconventionnelle

Mars 2010

Acquisition de Ratiopharm par Teva

19 sept. 2011

Wyeth abandonne sa demande reconventionnelle

10 janv. 2006

Ratiopharm aurait commencé à vendre son médicament générique

Expiration du brevet 540

1^{er} déc. 2006

Novopharm commence à vendre son médicament conformément à la licence obtenue de Wyeth

2 août 2007

Délivrance de l'AC à Ratiopharm

22 oct. 2007

Ratiopharm produit sa déclaration en vue d'obtenir une indemnité en vertu de l'art. 8 dans la présente action

16 fév. 2010

Novopharm modifie son nom et devient Teva

10 août 2010

Ratiopharm et Novopharm (désormais Teva) fusionnent sous le nom de Teva

Période pour laquelle Ratiopharm (désormais Teva) sollicite une indemnité en vertu de l'article 8

Novopharm (Teva) est un titulaire de licence de Wyeth

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1844-07

INTITULÉ : TEVA CANADA LIMITED c.
WYETH LLC et PFIZER CANADA INC.

LIEU DE L'AUDIENCE : Toronto (Ontario)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 11 octobre 2011

**MOTIFS PUBLICS DU
JUGEMENT ET JUGEMENT :** LE JUGE HUGHES

DATE DES MOTIFS : Le 9 novembre 2011

COMPARUTIONS :

David Aitken et POUR LA DEMANDERESSE
Bryan Norrie

Brian Daley et POUR LES DÉFENDERESSES WYETH LLC et
Joanne Chriqui PFIZER CANADA INC.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Osler, Hoskin & Harcourt LLP POUR LA DEMANDERESSE
Avocats
Ottawa (Ontario)

Norton Rose OR S.E.N.C.R.L. POUR LES DÉFENDERESSES WYETH LLC et
Montréal (Québec) PFIZER CANADA INC.

