

**Cour d'appel fédérale**



**Federal Court of Appeal**

**Date : 20150427**

**Dossier : A-385-14**

**Référence : 2015 CAF 107**

**CORAM : LE JUGE RYER  
LE JUGE NEAR  
LE JUGE RENNIE**

**ENTRE :**

**BERNARD CHARLES SHERMAN et  
APOTEX INC.**

**appelants**

**et**

**PFIZER CANADA INC., PFIZER INC.  
et la société Unetelle, ainsi que toutes les autres entités inconnues des demandeurs  
qui font partie du groupe de sociétés PFIZER**

**intimées**

Audience tenue à Toronto (Ontario), le 14 avril 2015

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 27 avril 2015

**MOTIFS DU JUGEMENT :**

**LE JUGE RENNIE**

**Y ONT SOUSCRIT :**

**LE JUGE RYER  
LE JUGE NEAR**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20150427

Dossier : A-385-14

Référence : 2015 CAF 107

**CORAM : LE JUGE RYER  
LE JUGE NEAR  
LE JUGE RENNIE**

**ENTRE :**

**BERNARD CHARLES SHERMAN et  
APOTEX INC.**

**appelants**

**et**

**PFIZER CANADA INC., PFIZER INC.  
et la société Unetelle, ainsi que toutes les autres entités inconnues des demandeurs  
qui font partie du groupe de sociétés PFIZER**

**intimées**

### **MOTIFS DU JUGEMENT**

#### **LE JUGE RENNIE**

[1] La Cour est saisie d'un appel de la décision de la Cour fédérale (2014 FC 825) par laquelle le juge Brown a rejeté, en raison de son caractère théorique, la requête visant l'annulation de l'ordonnance du 14 juillet 2014 prononcée par la protonotaire Milczynski. Dans cette décision, la protonotaire a ordonné que les appelants communiquent certains documents aux intimées.

[2] Les appelants ont interjeté appel de l'ordonnance de la protonotaire devant la Cour fédérale. Ils n'ont pas sollicité le sursis de l'ordonnance en attendant que la Cour fédérale se prononce sur leur appel. Les appelants ont plutôt communiqué aux intimées les documents visés par l'ordonnance de la protonotaire, de sorte que le 12 août 2014, date de l'instruction devant la Cour fédérale, les appelants avaient communiqué la plupart des documents visés par cette ordonnance. Selon le juge Brown, la production des documents réalisée jusqu'à cette date était le fruit [TRADUCTION] « de discussions, dans une mesure d'environ 99 p. 100, se rapportant uniquement à l'obligation de produire une seule catégorie de documents » (au paragraphe 4). À la date de l'instruction du présent appel, tous les documents avaient été communiqués et la production visée par l'ordonnance était entièrement réalisée.

[3] Le juge Brown a jugé que l'appel était théorique parce que l'ordonnance avait essentiellement été respectée. Il a appliqué les critères énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 [*Borowski*], et a également décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire d'instruire l'appel malgré son caractère théorique. À son avis, il n'y avait plus entre les parties des rapports contradictoires sur la question de la production. Il a ajouté qu'il s'agissait d'un point, couramment débattu dans un litige, qui ne soulevait pas une question de droit unique ou une question d'importance publique.

[4] Dans l'arrêt *Borowski*, la Cour suprême a énoncé la démarche à suivre dans les cas où le caractère théorique est soulevé. Voici ce qu'affirme le juge Sopinka au paragraphe 16 :

La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première

question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. La jurisprudence n'indique pas toujours très clairement si le mot « théorique » (*moot*) s'applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s'il s'applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d'entendre. Pour être précis, je considère qu'une affaire est « théorique » si elle ne répond pas au critère du « litige actuel ». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s'il estime que les circonstances le justifient.

[5] Aucune des parties ne conteste cet exposé du droit.

[6] J'examinerai maintenant la question de savoir si l'appel était théorique.

[7] À mon avis, le juge de la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle lorsqu'il a conclu que l'affaire était théorique. Les appelants avaient demandé au juge d'annuler l'ordonnance et de [TRADUCTION] « conclure qu'Apotex n'était pas tenue de produire les documents qui faisaient partie des catégories susmentionnées ». Or, les appelants s'étaient conformés à l'ordonnance; ils avaient fait ce que l'ordonnance leur avait enjoint de faire. L'annulation de tout ou partie de l'ordonnance n'aurait pas annulé la production des documents en question. Les documents ayant déjà été produits, le fait pour les appelants d'avoir gain de cause n'aurait aucun effet pratique sur les parties.

[8] Cette conclusion est étayée par l'arrêt *Pharmascience Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 333 [*Pharmascience*], aux paragraphes 28 et 29, dans lequel notre Cour a conclu que l'appel était théorique puisque les documents avaient été produits. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tiré la même conclusion dans l'arrêt *Smith (Guardian ad*

*litem of) v. Funk*, 2003 BCCA 449. Je ne trouve pas convaincant l'argument des appelants selon lequel la présente affaire se distingue parce qu'elle vise la production de documents par des tiers.

[9] Les appelants s'appuient sur l'arrêt *Dywidag Systems International, Canada, Ltd. c. Garford Pty Ltd.*, 2010 CAF 232 [*Dywidag*], pour affirmer que le respect des obligations de production ne donne pas un caractère théorique à l'appel de l'ordonnance de production. Dans l'arrêt *Dywidag*, la Cour a rejeté une requête visant à surseoir, en attendant l'issue de l'appel, à l'ordonnance par laquelle la Cour fédérale avait annulé l'ordonnance de la protonotaire. La protonotaire avait ordonné que l'action en contrefaçon de brevet soit fractionnée de manière à ce que les questions de la responsabilité et des dommages-intérêts soient instruites séparément. L'appelante a fait valoir qu'elle subirait un préjudice irréparable si les documents confidentiels de nature commerciale se rapportant à la question des dommages-intérêts étaient communiqués. Elle a également soutenu que s'il n'était pas sursis à l'ordonnance de la Cour fédérale, son appel visant le rétablissement de l'ordonnance de fractionnement prononcée par la protonotaire deviendrait théorique parce que les documents pertinents pour l'étape des dommages-intérêts auraient déjà été produits.

[10] Je ne puis voir où le juge Stratas, dans l'arrêt *Dywidag*, aurait admis, explicitement ou implicitement, que seul le fait que les documents aient déjà été produits, comme c'est le cas en l'espèce, permettrait de rendre l'appel théorique. Il a fait remarquer que le rétablissement de l'ordonnance de fractionnement aurait plusieurs conséquences en pratique, la production des documents n'en constituant qu'une seule. Il a rejeté l'argument de l'appelante concernant le caractère théorique, et souligné que les documents pourraient être remis à la partie qui les

communiqué si l'appel était accueilli. Il a en outre fait observer que les appelantes n'avaient présenté aucun élément de preuve établissant l'existence d'un préjudice irréparable découlant de la communication des documents. Fait plus important encore, la Cour dans l'arrêt *Dywidag* n'a pas renvoyé à l'arrêt *Pharmascience*, ce qui renforce la conclusion selon laquelle l'élément de cette décision portant sur le caractère théorique ne se rattachait qu'à la question de savoir si la production de documents concernant l'étape des dommages-intérêts donnerait un caractère théorique à l'appel relatif à une ordonnance de fractionnement.

[11] Selon les appelants, vu la nature continue de leur obligation de produire les documents, l'ordonnance n'est pas caduque et la question sous-jacente de leur pertinence se pose toujours. Je suis cependant d'avis que l'obligation continue de communiquer les documents découle de l'application des *Règles des Cours fédérales* (DORS/98-106) et de la jurisprudence connexe. L'obligation continue de communiquer des documents ne saurait remettre en vigueur une ordonnance caduque. Par ailleurs, les appelants soulèvent cet argument en l'absence de tout contexte – ils ne soulèvent aucune question précise, ni ne renvoient à aucune catégorie de documents ou à aucun document précis, pour vérifier leur argument. Affirmer que la question de la pertinence est continue ne permet pas d'établir une distinction entre la présente espèce et les autres affaires portant sur la production de documents. La question de la pertinence se pose toujours dans un litige, jusqu'au moment où le juge de première instance rend sa décision.

[12] Les appelants soulignent qu'ils ont communiqué les documents à Pfizer sous réserve de leur droit d'appel. Ce fait ne permet pas à la Cour de statuer sur le caractère théorique. Les appelants avaient l'obligation de produire les documents en question, et le fait d'avoir transmis

ces documents en y joignant une lettre portant la mention « sous réserve de tout droit » ne modifie pas leur obligation. Le fait pour une partie d'affirmer unilatéralement qu'elle s'est conformée à une ordonnance sous réserve de son droit d'appel n'écarte pas l'argument portant que l'appel est théorique.

[13] Enfin, les avocats des appelants font valoir que confirmer la décision du juge de la Cour fédérale donnera lieu à toute une série de demandes de sursis en attendant l'issue d'appels d'ordonnances de production interlocutoires. Bien qu'elle soit inquiétante, cette éventualité est peu probable. Dans le cours normal d'un litige, il arrive que les avocats conviennent que l'appel sera instruit même si l'ordonnance de production est partiellement ou entièrement respectée. Les avocats s'entendent parce qu'ils reconnaissent qu'ils ont la responsabilité de faire avancer l'affaire et qu'ils risquent d'avoir partiellement gain de cause ou d'être déboutés en appel. Il est vrai qu'un tribunal n'est pas tenu d'instruire un appel qui peut être théorique, mais les ententes de cette nature doivent être favorisées. Malheureusement, en l'espèce, les parties n'en sont pas arrivées à une telle entente.

[14] En l'absence d'une entente, une demande de sursis peut s'avérer une conséquence inévitable. La Cour fera toutefois son travail : elle n'empêchera pas les parties de présenter des recours simplement parce qu'elle craint que ces recours lui causent trop de travail.

[15] J'aborde ensuite la question de savoir si le juge de la Cour fédérale a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de ne pas instruire l'appel malgré son caractère théorique. Aux paragraphes 13 à 16 de ses motifs, le juge de la Cour fédérale a examiné chacun

des critères énoncés dans l'arrêt *Borowski* : l'existence d'un contexte contradictoire, l'économie des ressources judiciaires, la probabilité que la question se pose encore une fois, et le fait que la production des documents en cause n'a aucune importance publique. Je ne relève aucune erreur susceptible de contrôle dans sa décision de ne pas instruire l'appel vu qu'il a examiné ces critères dans le contexte de l'affaire dont il était saisi.

[16] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel. Les dépens suivront l'issue de la cause.

« Donald J. Rennie »

---

j.c.a.

« Je suis d'accord.

C. Michael Ryer »

« Je suis d'accord.

D.G. Near »



**COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**(APPEL DE L'ORDONNANCE DU 26 AOÛT 2014 PRONONCÉE PAR LE  
JUGE BROWN DANS LE DOSSIER N<sup>O</sup> T-1660-11 DE LA COUR FÉDÉRALE)**

**DOSSIER :** A-385-14

**INTITULÉ :** BERNARD CHARLES SHERMAN  
et autre c. PFIZER CANADA INC.  
et autres

**LIEU DE L'AUDIENCE :** TORONTO (ONTARIO)

**DATE DE L'AUDIENCE :** LE 14 AVRIL 2014

**MOTIFS DU JUGEMENT :** LE JUGE RENNIE

**Y ONT SOUSCRIT :** LE JUGE RYER  
LE JUGE NEAR

**DATE DES MOTIFS :** LE 27 AVRIL 2015

**COMPARUTIONS :**

Sandon Shogilev  
Jaro Mazzola  
Andrew Bernstein  
Nicole Mantini

POUR L'APPELANT

POUR L'INTIMÉE

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

GOODMANS LLP  
Toronto (Ontario)

POUR L'APPELANT

TORYS LLP  
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉE