



ROBIC
+ DROIT
+ AFFAIRES
+ SCIENCES
+ ARTS

AVOCATS, AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE
DEPUIS 1892

DOCUMENTS ET INFORMATIONS INTERDITS DE VOYAGE : LA COUR FÉDÉRALE REFUSE DE MODIFIER UNE ENTENTE DE CONFIDENTIALITÉ

ALEXANDRA STEELE*
ROBIC, S.E.N.C.R.L.

AVOCATS, AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE

1. Introduction
2. La confidentialité dans les litiges civils
 - 2.1 Engagement implicite de confidentialité
 - 2.2 Ordonnances de confidentialité
3. L'affaire *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc c Mylan Pharmaceuticals ULS*, 2016 CF 1091
 - 3.1 Les faits
 - 3.2 La décision
4. Conclusion

1. Introduction

Il est reconnu que la justice est publique, que les débats se déroulent au vu et au su de tous. Néanmoins, dans le cadre de litiges purement privés, entre concurrents ou personnes ayant des intérêts opposés, il existe des dérogations ciblées à ce grand principe.

Dans les dossiers de propriété intellectuelle portés devant les Cours fédérales, une telle dérogation prend la forme d'ententes et d'ordonnances de confidentialité, lesquelles sont présentes dans une grande majorité des dossiers. En fait, les praticiens d'expérience ont le réflexe de négocier de telles ententes préventives dès le début du dossier afin de permettre aux parties de divulguer plus aisément des informations et documents qui, autrement, n'auraient pas volontairement été divulgués durant la phase des interrogatoires au préalable (*discovery*).

C'est dans ce contexte entre deux concurrents, géants de l'industrie pharmaceutique, que la Cour fédérale a été saisie d'une demande de modifier une entente de confidentialité préventive négociée et entérinée de consentement entre les parties.

© CIPS, 2017.

* Avocate chez ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce. [Note de la rédaction : cette capsule a été soumise à une évaluation à double anonymat et publié à (2017)_29 :3 *Cahiers de propriété intellectuelle*] Publication 471.

Comme nous le verrons plus loin, la modification ultérieure par la Cour d'une telle ordonnance alors que les parties ne s'entendent plus ne se fait pas automatiquement.

Avant d'entreprendre une discussion de cette décision, il convient d'abord de rappeler quelques principes de base concernant le traitement de documents comprenant des informations sensibles dans le cadre de litiges portés devant la Cour fédérale.

2. La confidentialité dans les litiges civils

Lorsque l'on indique qu'au Canada tout le processus judiciaire est ouvert et accessible au public, cela signifie que toute partie à un litige civil doit s'attendre à ce que tout ce qu'elle dit, écrit ou produit au soutien de sa position ou à la demande d'une autre partie sera mis à la disposition de quiconque souhaite en prendre connaissance.

Ce principe de la publicité des dossiers et audiences n'est cependant pas sans limites¹ :

[1] Dans tout environnement constitutionnel, l'administration de la justice s'épanouit au grand jour — et s'étiole sous le voile du secret.

[2] Cette leçon de l'histoire a été consacrée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'alinéa 2b) de la *Charte* garantit, en termes plus généraux, la liberté de communication et la liberté d'expression. La vitalité de ces deux libertés fondamentales voisines repose sur l'accès du public aux renseignements d'intérêt public. Ce qui se passe devant les tribunaux devrait donc être, et est effectivement, au cœur des préoccupations des Canadiens.

[3] Bien que fondamentales, les libertés que je viens de mentionner ne sont aucunement absolues. Dans certaines circonstances, l'accès du public à des renseignements confidentiels ou de nature délicate se rapportant à des procédures judiciaires compromettra l'intégrité de notre système de justice au lieu de la préserver. Dans certains cas, un bouclier temporaire suffira; dans d'autres, une protection permanente sera justifiée.

[4] Les demandes concurrentes se rapportant à des procédures judiciaires amènent nécessairement les tribunaux à exercer leur pouvoir discrétionnaire. La présomption de « publicité » des procédures judiciaires est désormais bien établie au Canada. L'accès du public ne sera interdit que lorsque le tribunal compétent conclut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que la divulgation *serait préjudiciable aux fins de la justice ou nuirait indûment à la bonne administration de la justice.*

¹ *Toronto Star Newspapers Ltd c Ontario*, [2005] 2 RCS 188, 2005 CSC 41 aux para 1-4.

Les tribunaux canadiens ont donc un pouvoir discrétionnaire pour évaluer si l'intérêt de la justice requiert la pleine divulgation de l'ensemble des renseignements contenus à un dossier, ou encore si ce même intérêt de la justice milite en faveur du maintien de la confidentialité de certains renseignements.

2.1 Engagement implicite de confidentialité

Dans les litiges civils et commerciaux, comme les dossiers de propriété intellectuelle, avant de considérer de mettre en place une entente ou une ordonnance de confidentialité, il faut d'abord évaluer si l'engagement implicite de confidentialité suffit pour protéger les intérêts des parties².

L'engagement implicite de confidentialité est automatiquement enclenché et lie les parties dès qu'un litige est entrepris³ :

[42] Au départ, toutefois, il importe de s'entendre sur la nature d'une règle de confidentialité des informations obtenues au cours d'un interrogatoire préalable. Même si des dossiers ou des informations sont confidentiels ou relèvent de la vie privée, la partie qui engage un débat judiciaire renonce, à tout le moins en partie, à la protection de sa vie privée. Cela peut être vrai même relativement à des sujets aussi délicats que le contenu de ses dossiers médicaux et hospitaliers. (Voir *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, 1992 CanLII 85 (CSC), [1992] 1 R.C.S. 647; art. 399.1 et 400 C.p.c.) L'enclenchement d'un mécanisme de vérification des allégations et des informations présentées unilatéralement par une partie résulte nécessairement de l'ouverture du débat judiciaire. Cependant, la règle de confidentialité cherche à limiter l'atteinte à la vie privée à l'étape de l'examen préalable en la restreignant à la mesure nécessaire pour la conduite du débat. Elle reconnaît que l'information, lorsqu'elle est pertinente ou qu'elle n'est pas protégée par quelque autre privilège de confidentialité, doit être communiquée à la partie adverse. Elle interdit cependant à celle-ci d'en faire usage pour d'autres fins que la préparation du procès et la défense de ses intérêts dans le cadre de celui-ci, ou de la divulguer à des tiers, sans autorisation particulière du tribunal.

L'engagement implicite de confidentialité est donc *de facto* le premier niveau de confidentialité dans un litige. Cependant, en particulier dans les dossiers de propriété intellectuelle, l'engagement implicite de confidentialité peut s'avérer insuffisant pour diverses raisons, d'où la nécessité de mettre en place une ordonnance de

² Le principe de l'engagement implicite de confidentialité trouve son origine dans la *common law* et la Cour suprême du Canada a confirmé son applicabilité en droit québécois : *Goodman c Rossi*, 1995 CanLII 1888 (ON CA); *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, [2001] 2 RCS 743, 2001 CSC 51.

³ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, [2001] 2 RCS 743, 2001 CSC 51 au para 42.

confidentialité qui limite davantage la divulgation de certaines informations et documents sensibles⁴.

2.2 Ordonnances de confidentialité

Tel que précédemment mentionné, la Cour fédérale du Canada entérine et émet régulièrement des ordonnances de confidentialité dans les litiges de propriété intellectuelle. Ces ordonnances ne remplacent pas l'engagement implicite de confidentialité, elles y sont supplétives.

Bien que courantes, les ordonnances de confidentialité ne sont ni routinières, ni automatiques : même de consentement, la Cour fédérale conserve sa pleine discrétion pour émettre ou non une telle ordonnance⁵.

Les règles 151 et 152 des *Règles des Cours fédérales*⁶ gouvernent les ordonnances de confidentialité émises tant pendant l'instance pour les documents et informations échangés entre les parties (ordonnances préventives)⁷ qu'au moment d'une audience ou d'un procès lorsque les informations ou documents doivent être produits au dossier de la Cour.

L'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*⁸ établit les critères à rencontrer au moment de demander l'émission d'une ordonnance de confidentialité dans des dossiers où des intérêts commerciaux sont en jeu, comme des dossiers de propriété intellectuelle⁹ :

[53] Pour appliquer aux droits et intérêts en jeu en l'espèce l'analyse de *Dagenais* et des arrêts subséquents précités, il convient d'énoncer de la façon suivante les conditions applicables à une ordonnance de confidentialité dans un cas comme l'espèce :

Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans

⁴ Dans *Juman c Doucette*, [2008] 1 RCS 157, 2008 CSC 8 au para 23, la Cour reconnaît le caractère particulier des dossiers de propriété intellectuelle:

Hormis les cas de préjudice exceptionnel, comme dans les litiges en matière de secrets commerciaux ou de propriété intellectuelle, où les ordonnances expresses de confidentialité sont courantes, il y a de bonnes raisons de reconnaître l'existence d'un engagement implicite (ou, en réalité, d'un engagement d'origine judiciaire).

⁵ Voir les discussions dans *Eli Lilly and Co c Novopharm Ltd* (1994), 56 CPR (3d) 437 (CFPI); *Première nation de Stoney c Shotclose*, 2011 CAF 232 (CAF), para 27; *Teva Neuroscience G.P.-S.E.N.C. c Canada (Attorney General)*, 2008 FC 1091 (CF), para 8.

⁶ DORS/98-106.

⁷ *Levi Strauss & Co c Era Clothing Inc*, (1999) 1 CPR (4th) 513 (CF), 1999 CanLII 7657 (CF), paragr. 27-28

⁸ *Sierra Club du Canada c Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 RCS 522, 2002 CSC 41 [*Sierra Club*].

⁹ *Sierra Club*, *supra* note 8 aux para 53 à 57

le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;
b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

[54] Comme dans *Mentuck*, j'ajouterais que trois éléments importants sont subsumés sous le premier volet de l'analyse. En premier lieu, le risque en cause doit être réel et important, en ce qu'il est bien étayé par la preuve et menace gravement l'intérêt commercial en question.

[55] De plus, l'expression « intérêt commercial important » exige une clarification. Pour être qualifié d'« intérêt commercial important », l'intérêt en question ne doit pas se rapporter uniquement et spécifiquement à la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité; il doit s'agir d'un intérêt qui peut se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité. Par exemple, une entreprise privée ne pourrait simplement prétendre que l'existence d'un contrat donné ne devrait pas être divulguée parce que cela lui ferait perdre des occasions d'affaires, et que cela nuirait à ses intérêts commerciaux. Si toutefois, comme en l'espèce, la divulgation de renseignements doit entraîner un manquement à une entente de non-divulgation, on peut alors parler plus largement de l'intérêt commercial général dans la protection des renseignements confidentiels. Simplement, si aucun principe général n'entre en jeu, il ne peut y avoir d'« intérêt commercial important » pour les besoins de l'analyse. Ou, pour citer le juge Binnie dans *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35 (CanLII), par. 10, la règle de la publicité des débats judiciaires ne cède le pas que « dans les cas où le droit du public à la confidentialité l'emporte sur le droit du public à l'accessibilité » (je souligne).

[56] Outre l'exigence susmentionnée, les tribunaux doivent déterminer avec prudence ce qui constitue un « intérêt commercial important ». Il faut rappeler qu'une ordonnance de confidentialité implique une atteinte à la liberté d'expression. Même si la pondération de l'intérêt commercial et de la liberté d'expression intervient à la deuxième étape de l'analyse, les tribunaux doivent avoir pleinement conscience de l'importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires. Voir généralement *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437 (C.F. 1^{re} inst.), p. 439, le juge Muldoon.

[57] Enfin, l'expression « autres options raisonnables » oblige le juge non seulement à se demander s'il existe des mesures raisonnables autres que l'ordonnance de confidentialité, mais aussi à restreindre l'ordonnance autant qu'il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l'intérêt commercial en question.

Les critères de l'arrêt *Sierra Club* servent donc de guide pour l'élaboration et la délivrance d'ordonnances de confidentialité suivant les Règles 151 et 152 des *Règles des Cours fédérales*¹⁰.

La question de la mise en place d'une ordonnance de confidentialité préventive est idéalement déterminée à la clôture des actes de procédures, avant la communication des documents et les interrogatoires au préalable¹¹. Les procureurs et les parties connaissent alors mieux les documents et informations pertinents devant être communiqués et, partant, sont mieux à même de faire la liste des informations et documents sensibles à ce stade des procédures.

En pratique, les procureurs verront à communiquer entre eux à la clôture des actes des procédures pour s'entendre sur les informations et documents qui seront désignés confidentiels. Une entente peut mener à un projet d'ordonnance de confidentialité, lequel projet est alors soumis à la Cour pour être entériné, mais il est aussi de plus en plus fréquent que de telles négociations s'arrêteront à l'entente de confidentialité, laquelle régit les échanges de documents et informations confidentiels entre les parties, mais qui n'est pas soumise à la Cour. À défaut d'une entente, les parties verront à saisir la Cour par requête pour une ordonnance de confidentialité. Chaque cas en est un d'espèce et il revient aux procureurs de déterminer la meilleure solution pour les fins de chaque dossier spécifique.

La jurisprudence est abondante quant à la désignation de documents et informations confidentiels, mais qu'en est-il lorsque les parties souhaitent modifier une ordonnance de confidentialité entérinée par la Cour. Une décision récente de la Cour fédérale s'attaque à cette question, comme nous le verrons ci-après.

3. L'affaire *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc c Mylan Pharmaceuticals ULS*, 2016 CF 1091

3.1 Les faits

Les principales intéressées dans ce litige, entrepris en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*¹², sont deux compagnies

¹⁰ Nous ne discuterons pas dans le cadre du présent article des considérations techniques et de rédaction de telles ordonnances de confidentialité. Pour quelques exemples du contenu de telles ordonnances, voir Alexandra Steele, « Chapter 20 - Motion for a Confidentiality Order » dans Paul, Lomic (éd) *Intellectual Property Litigation: Forms and Precedents* (Toronto, Lexis-Nexis, 2016).

¹¹ Règles 222 et ss, *Règles des Cours fédérales*.

¹² DORS/93-133.

pharmaceutiques, Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. (« Novartis ») et Mylan Pharmaceuticals ULS (« Mylan »).

Dans le cadre des procédures portées devant la Cour fédérale¹³, les parties ont convenu d'une ordonnance de confidentialité préventive régissant les divulgations qui seraient effectuées par l'intimée Mylan et cette ordonnance a été entérinée par la Cour de consentement entre les parties. L'ordonnance préventive prévoyait notamment que les informations concernant les échantillons du médicament en cause pouvant être divulgués volontairement ou sur ordonnance de la Cour, ainsi que tous les tests ou analyses faits sur ou à partir de ces échantillons, ne pourraient être utilisés que pour les fins de l'instance, ou tout appel ou autre instance qui y seraient liés.

Le fond du litige entre les parties a éventuellement été réglé. Quelques mois après le règlement définitif du dossier, Novartis a présenté une requête pour permission de produire les échantillons du médicament, et les affidavits des experts relatifs aux tests et analyses effectués en lien avec ces échantillons, devant un tribunal d'arbitrage portugais pour les fins d'un litige similaire au processus du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Le litige portugais était mû entre Novartis et une compagnie liée à Mylan.

Mylan s'est opposée à la requête de Novartis.

L'une des particularités factuelles de ce dossier est que le tribunal d'arbitrage portugais était déjà saisi à l'époque où les procédures canadiennes ont été entreprises et à l'époque où les parties se sont entendues sur les termes et conditions de l'ordonnance de confidentialité préventive. Bien que des échantillons du médicament de Mylan aient été produits, Novartis était insatisfaite du protocole d'expérimentation fixé par le tribunal portugais et souhaitait donc introduire en preuve au Portugal les échantillons et résultats de tests « canadiens ». Il convient de noter que la prépondérance de la preuve établissait que le médicament de Mylan était le même au Canada et au Portugal.

L'autre particularité factuelle de ce dossier était que Novartis n'avait pas requis la production des échantillons du médicament de Mylan en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, mais qu'elle s'était plutôt adressée à un tribunal américain pour contraindre la production des échantillons fabriqués au États-Unis dans le but avoué d'assister le déroulement du processus judiciaire canadien. C'est dans ce contexte que Mylan a consenti à la production volontaire des échantillons dans le litige canadien, mais sujet à l'ordonnance de confidentialité préventive.

¹³ Sans entrer dans le détail, le fond du litige entre les parties concernait l'application du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, lequel permet à Novartis, détentrice d'un ou plusieurs brevets sur un médicament, d'obtenir une ordonnance de la Cour fédérale empêchant le ministre de la Santé de délivrer à Mylan un avis de conformité requis préalablement à la commercialisation d'un médicament concurrent à celui de Novartis et ce, jusqu'à l'expiration du ou des brevets de Novartis.

Ces faits, comme nous le verrons, ont influencé le sort de la requête pour être relevé des obligations de confidentialité à l'égard des échantillons et tests « canadiens ».

3.2 La décision

La Cour fédérale devait déterminer si l'ensemble des faits et circonstances justifiaient la révision de l'ordonnance de confidentialité et devait d'abord déterminer le test juridique à satisfaire.

Novartis plaidait que le test applicable était celui permettant d'être relevé de l'engagement implicite de confidentialité¹⁴ :

[32] La personne qui demande une modification ou une levée de l'engagement implicite doit démontrer au tribunal, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un intérêt public plus important que les valeurs visées par l'engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée et le déroulement efficace du litige civil.

Mylan plaidait que le test applicable était beaucoup plus restrictif, soit que Novartis devait démontrer un changement de circonstances ou un motif contraignant n'ayant pas été pris en considération lorsque l'ordonnance préventive a été émise¹⁵ :

[2] Le critère de modification d'une ordonnance préventive a été établi dans l'arrêt *Smith, Kline and French Laboratories Ltd. c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] A.C.F. n° 223 (1^{re} inst.), affidavit [1997] A.C.F. n° 689 (C.A.) et consiste à déterminer si les faits créent un changement des circonstances ou un motif convainquant de modifier l'ordonnance. [...].

La Cour a finalement retenu le test plus restrictif plaidé par Mylan.

Elle retient d'abord et avant tout que les échantillons ont été produits volontairement par Mylan, en dehors du contexte de la communication des documents et les interrogatoires au préalable/contre-interrogatoires et que sans cette production volontaire, Novartis n'aurait pas pu en contraindre la divulgation¹⁶. L'engagement implicite de confidentialité vise à encourager les parties à révéler de manière franche et complète la preuve pertinente pendant la phase du préalable (*discovery*), sans craindre que les informations ainsi divulguées servent à des fins autres que le litige entrepris. La Cour écrit¹⁷ :

[9] [...] La règle de l'engagement tacite vise, en partie, à encourager les parties à dévoiler en toute transparence tous les éléments de preuve pertinents. Les parties sont cependant obligées par les règles de la Cour à produire lors de l'interrogatoire préalable tous les

¹⁴ *Juman c Doucette*, [2008] 1 RCS 157, 2008 CSC 8 au para 32.

¹⁵ *Apotex Inc c Astrazeneca Canada Inc*, 2004 CAF 226 au para 2.

¹⁶ La preuve a révélé que les échantillons n'avaient pas été produits auprès du ministre de la Santé.

¹⁷ *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc c Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2016 CF 1091 au para 9.

éléments de preuve et tous les documents pertinents. La règle de l'engagement tacite n'est donc pas destinée à encourager les parties à communiquer des renseignements qu'elles auraient autrement choisis de dissimuler : elle est là pour faciliter et favoriser le respect par les parties de leurs obligations de divulgation. Il est par conséquent approprié que le critère applicable pour l'exemption de l'application de la règle de l'engagement tacite soit plus libéral que le critère applicable pour la modification des ordonnances de protection négociées par les parties et rendues par la Cour dans les circonstances où les parties pourraient avoir le droit de s'abstenir de divulguer les renseignements. Ma décision aurait pu être tout à fait différente si les renseignements en question figuraient dans les documents qui auraient pu être exigés, comme les PADN de Mylan, je n'ai cependant pas à rendre cette décision en l'espèce.

La Cour retient ensuite que l'ordonnance de confidentialité stipule clairement que les échantillons ne pouvaient pas être utilisés pour des fins autres que la demande portée devant la Cour fédérale, un appel de cette demande ou toute procédure liée à la demande. Novartis a assuré le tribunal américain lors de sa demande initiale pour obtenir les échantillons que ces échantillons ne serviraient que pour les fins du litige canadien. Au final, l'arbitrage portugais est une procédure complètement indépendante du recours canadien, même si les parties sont les mêmes ou reliées, même si le produit est le même, même si les brevets canadiens et européens sont apparentés et même si les faits et circonstances des dossiers respectifs sont similaires.

La Cour retient enfin qu'au moment où les parties ont convenu de l'ordonnance de confidentialité, Novartis connaissait l'existence du litige portugais. La Cour n'a pas retenu la prétention de Novartis à l'effet qu'elle n'avait pu que récemment confirmer que les échantillons canadiens et portugais étaient identiques. La pertinence des échantillons canadiens dans le contexte du recours portugais n'était possiblement pas aussi limpide qu'elle ne s'est avérée plus tard, mais elle était à tout le moins envisageable et il revenait à Novartis d'agir en conséquence.

Pour ces motifs, la Cour conclut qu'il n'y a pas de changement de circonstances justifiant la modification de l'ordonnance préventive.

La Cour ajoute que si elle avait tort quant au test applicable, il ne s'agit pas d'un dossier où l'intérêt public invoqué par Novartis devrait avoir préséance sur l'intérêt public de préserver la confidentialité des renseignements. La Cour écrit¹⁸ :

[16] Il y a un intérêt public à s'assurer que lorsque, comme dans le cas d'espèce, les parties parviennent à une entente sur la divulgation pour éviter le litige, de sorte que la divulgation est consentie selon les conditions qui comprennent une ordonnance de protection, les conditions de l'ordonnance de protection ne devraient pas être

¹⁸ *Ibid*, au para 16.

modifiées sauf s'il y a un motif impératif de le faire. Les parties ont négocié les conditions de cette ordonnance de protection pour inclure les appels découlant de la demande et le litige s'y rattachant. L'extension de ces exceptions à tout litige entre les mêmes parties ou les parties liées relativement aux mêmes faits ou aux faits connexes, en se fondant simplement sur le fait qu'il ne peut y avoir aucun préjudice pour la partie qui produit, amènerait les parties à perdre confiance en leur capacité à s'appuyer sur les conditions négociées des ordonnances de protection. Cela pourrait aussi donner lieu à des débats longs et stériles sur les formulations les plus restrictives des ordonnances de protection, ou décourager les parties à fournir volontairement des renseignements dans un litige à moins d'avoir réalisé une analyse complète du risque auquel la divulgation pourrait les exposer dans un autre litige sans rapport avec l'autre.

[17] Je ne suis pas convaincue qu'il y a, d'autre part, un véritable intérêt public à autoriser Novartis à utiliser les éléments de preuve aux fins des procédures portugaises. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la préservation de la confidentialité permettrait à Mylan de ne pas être sincère dans une autre procédure ou de présenter des faits différents ou des versions différentes des mêmes faits devant divers tribunaux. Novartis ne veut pas simplement utiliser les éléments de preuve pour établir les faits ou pour faire connaître la vérité au moyen de la vérification ou du contre-interrogatoire. Elle veut utiliser la preuve canadienne comme un élément de sa preuve dans les procédures portugaises.

Tel que déjà mentionné, Novartis était insatisfaite de la preuve d'expert dans le dossier portugais et souhaitait remédier aux lacunes perçues en introduisant la preuve d'expert canadienne. La Cour mentionne que Novartis avait plusieurs options à sa disposition, autres que la modification de l'ordonnance de confidentialité, pour faire avancer sa position auprès du tribunal portugais. Ayant clairement indiqué, tant devant les tribunaux américains que canadiens, que la production des échantillons était pour les seules fins du litige canadien, la Cour fédérale refuse d'être le conduit pour permettre à Novartis d'obtenir indirectement ce qu'elle aurait pu obtenir directement. La Cour conclut ainsi :

[19] [...] Dans les circonstances, je ne suis pas convaincue que ce que Novartis propose de faire est une utilisation particulièrement équitable du processus de cette Cour et je conclus que l'intérêt du public est mieux servi en rejetant la requête en modification des conditions de l'ordonnance de protection présentée par Novartis.

La requête de Novartis est donc rejetée, avec dépens.

4. Conclusion

Les faits de ce dossier révèlent que les véritables motifs au soutien de la demande de modification de l'ordonnance ne relevaient finalement pas de circonstances nouvelles ou de l'intérêt public, mais plutôt d'une divergence d'opinion avec la procédure et la preuve constituées dans un forum étranger. Dans les circonstances, la Cour fédérale n'y a trouvé aucune raison justifiant de déroger au maintien de la confidentialité de la preuve constituée pour les fins du dossier canadien.

La décision précitée démontre que la Cour fédérale examinera avec beaucoup de circonspection les véritables motivations d'une partie qui cherche à être relevée de son engagement implicite de confidentialité ou qui demande à modifier les termes d'une ordonnance de confidentialité. Les entente et ordonnance de confidentialité étant négociées et mises en place très tôt dans le processus judiciaire devant la Cour fédérale, il convient donc de réviser avec attention les termes et conditions de celles-ci pour s'assurer qu'elles conviennent aux intérêts actuels et possiblement même futurs des parties.



