

Vol. 31, n° 1

L'ordonnance conservatoire, une nécessité ou un atout ?

Bianca Pietracupa*

INTRODUCTION	153
1. L'ÉTAT DU DROIT.....	154
1.1 Principe de publicité des débats judiciaires.....	154
1.2 Le principe de l'engagement implicite de confidentialité	154
1.3 Les règles 4 et 151 des <i>Règles des Cours fédérales</i> , DORS/98-106.....	156
1.4 <i>Sierra Club du Canada c. Canada (ministre des Finances)</i> , 2002 CSC 41	160
2. <i>SEEDLINGS LIFE SCIENCE VENTURES LLC c. PFIZER CANADA INC.</i> , 2018 CF 443 (PROTONOTAIRE TABIB)...	161
2.1 Les faits	161
2.2 Les motifs de la décision.....	161
2.3 Une distinction entre les ordonnances de confidentialité et les ordonnances conservatoires	162
2.4 Les critères d'évaluation.....	164

© CIPS, 2019.

* 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 : cette capsule a été soumise à une évaluation à double anonymat.]

3. <i>SEEDLINGS LIFE SCIENCE VENTURES LLC c. PFIZER CANADA INC.</i> , 2018 CF 956 (JUGE AHMED)	164
3.1 Les critères applicables selon le juge Ahmed	164
3.2 <i>Sierra Club du Canada c. Canada (ministre des Finances)</i> , 2002 CSC 41	165
4. LES LACUNES DE LA RÈGLE DE L'ENGAGEMENT IMPLICITE DE CONFIDENTIALITÉ	165
CONCLUSION	167

INTRODUCTION

Depuis 1980, les tribunaux canadiens reconnaissent l'applicabilité de l'engagement implicite de confidentialité couvrant les documents échangés entre les parties dans le cadre d'un litige¹. Empruntée au droit américain, cette règle de l'engagement implicite de confidentialité est maintenant assez répandue en droit canadien².

S'agissant d'une règle non codifiée, certaines difficultés quant à la portée et à l'application de l'engagement implicite de confidentialité ont toutefois été soulevées. Dans le but de mieux encadrer l'étendue de la protection offerte aux documents confidentiels, la pratique de demander à la cour l'octroi d'ordonnances conservatoires a été développée, surtout dans les dossiers de propriété intellectuelle.

Avant d'entamer leurs interrogatoires au préalable, deux parties œuvrant dans le domaine pharmaceutique se sont vu refuser, à leur grande surprise, l'ordonnance conservatoire qu'elles sollicitaient de la Cour. En effet, dans *Seedlings Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada inc.*³, la protonotaire a conclu que la règle d'engagement implicite de confidentialité suffisait pour protéger la confidentialité des documents échangés entre les parties.

Tout en focalisant sur l'engagement implicite de confidentialité, la Cour dans *Seedlings* applique les critères énoncés par la Cour suprême dans *Sierra Club du Canada c. Canada (ministre des Finances)*⁴ en ce qui a trait à l'octroi d'une ordonnance conservatoire.

1. *Seedlings Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada inc.*, 2018 CF 443, par. 17-19, p. Tabib (ci-après « *Seedlings* »).

2. *Id.*, par. 17 et 18.

3. *Seedlings*, *supra* note 1.

4. 2002 CSC 41, j. Iacobucci, (ci-après « *Sierra Club* »).

1. L'ÉTAT DU DROIT

1.1 Principe de publicité des débats judiciaires

« Dans tout environnement constitutionnel, l'administration de la justice s'épanouit au grand jour – et s'étiole sous le voile du secret »⁵.

Le principe de la publicité de l'administration de la justice est le fondement de notre système judiciaire. Reposant sur l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶, ce principe permet un accès aux renseignements qui sont d'intérêt public. Dans cette optique, « ce qui se passe devant les tribunaux devrait donc être, et est effectivement, au cœur des préoccupations des Canadiens »⁷. Grâce à ce principe de publicité de l'administration de la justice, un membre du grand public peut avoir accès à tous les documents déposés au dossier de la cour.

Lors d'un litige, l'ouverture d'une procédure devant le tribunal met en contradiction le droit du public à l'accès aux renseignements qui seront d'intérêt public et le droit des parties à la préservation des renseignements confidentiels. La Cour suprême a écrit que « 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 »⁸. Pour cette raison, les tribunaux ont établi un mécanisme pour déroger au principe de la publicité de l'administration de la justice et il est dorénavant possible de restreindre « l'accès du public lorsqu'un 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 »⁹.

1.2 Le principe de l'engagement implicite de confidentialité

L'engagement implicite est la règle selon laquelle les témoignages et les renseignements confidentiels¹⁰ échangés lors des inter-

5. *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, par. 1, j. Fish, (ci-après « *Toronto Star Newspapers* »).

6. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

7. *Toronto Star Newspapers*, supra note 5, par. 2.

8. *Id.*, par. 3. Voir également : *Ab Hassle c. Canada (Ministre de la santé et du bien-être social)*, 1999 CanLII 8756 (C.A.F.), par. 27, j. Décary, (ci-après « *AB Hassle* »).

9. *Toronto Star Newspapers*, supra note 5, par. 4.

10. *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, par. 78, j. LeBel, (ci-après « *Lac d'amiante* »).

rogatoires préalables ne peuvent pas être utilisés à des fins autres que « la préparation du procès et la défense de ses intérêts dans le cadre de celui-ci »¹¹, sauf avec le consentement des parties ou l'autorisation du tribunal¹². Cet engagement « envers la cour »¹³ repose sur « l'obligation légale de participer pleinement à l'interrogatoire préalable et à la communication préalable de documents »¹⁴. Ainsi, « 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 »¹⁵. Cette règle est enclenchée lorsqu'un litige est intenté, demeurera en vigueur après la fin du procès¹⁶, même en cas de règlement¹⁷, et cesse lorsque les renseignements deviennent publics par dépôt au dossier de la cour¹⁸.

Une des premières décisions à reconnaître l'existence de la règle d'engagement implicite de confidentialité est *Foseco International Ltd c. Bimac Canada*¹⁹. Dans cette affaire, la Cour a fait référence à une « ordonnance portant protection du caractère confidentiel des documents et des témoignages provenant des deux parties à l'action »²⁰. Originaire des États-Unis, cette règle sera jugée applicable en Ontario²¹, et devant la Cour fédérale²².

En 2001, la Cour suprême a reconnu que, même en droit québécois, la règle de l'engagement implicite de confidentialité existe et sert à protéger les documents échangés lors d'un interrogatoire préalable²³.

Une partie qui contrevient à la règle de l'engagement implicite peut se retrouver face à une demande de sursis ou de rejet de l'instance, une radiation de sa défense ou même une demande pour outrage au tribunal²⁴.

11. *Id.*, par. 42.

12. *Id.*; *Goodman c. Rossi*, 1995 CarswellOnt 146, (C.A.) (WC), j. Morden, (ci-après « *Goodman* »).

13. *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, par. 27, j. Binnie, (ci-après « *Juman* »).

14. *Id.*, par. 20.

15. *Lac d'amiante*, *supra* note 10, par. 42.

16. *Id.*, par. 76.

17. *Juman*, *supra* note 13, par. 51.

18. *Lac d'amiante*, *supra* note 10, par. 64 et 65.

19. *Foseco International Ltd c. Bimac Canada*, 1980 CarswellNat 835, (C.F.) (WC), (ci-après « *Foseco* »), tel que citée dans *Seedlings*, *supra* note 1, par. 13 et 17.

20. *Id.*, par. 4 et 5.

21. *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.*, 1985 CarswellOnt 462, (S.C.) (WC), j. Craig, (ci-après « *Lac Minerals* »).

22. *R. c. ICHI*, [1992] 1 CFPI 571.

23. *Lac d'amiante*, *supra* note 10, par. 42. Voir aussi : *Goodman*, *supra* note 12.

24. *Juman*, *supra* note 13, par. 29; *Lac d'amiante*, *supra* note 10, par. 64; *Goodman*, *supra* note 12, p. 624.

Cependant, une partie peut être relevée de son obligation de confidentialité par le tribunal si « le préjudice subi par la partie qui a communiqué l'information paraît peu significatif et où l'avantage qu'en retirera la partie adverse semble important »²⁵.

Dans les litiges touchant les intérêts commerciaux des parties, il est toutefois devenu courant d'obtenir des ordonnances expresses de confidentialité.

1.3 Les règles 4 et 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106

Entrée en vigueur en 1998, la règle 151 traite de la confidentialité des documents déposés à la Cour :

151. (1) La Cour peut, sur requête, *ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.*

(2) Avant de rendre une ordonnance en application du paragraphe (1), *la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. (Les italiques sont nôtres.)*

Le critère qui est établi par cette règle est celui de la nécessité, tel qu'élaboré dans l'arrêt *Sierra Club*. Cet arrêt porte sur un organisme environnemental (Sierra Club) qui cherche à obtenir une aide financière auprès de la société Énergie atomique du Canada ltée (« ÉACL ») pour la construction et la vente de réacteurs à la Chine²⁶. Comme l'autorisation d'aide financière nécessite une évaluation environnementale, Sierra Club demande la communication des documents confidentiels concernant l'évaluation environnementale du site de construction faite par les autorités chinoises et résumée dans l'affidavit d'ÉACL²⁷. ÉACL s'oppose à la communication de ces documents, car les autorités chinoises exigent qu'ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité²⁸. En décidant sur les critères d'évaluation de l'ordonnance de confidentialité, la Cour a énoncé :

[53] Pour appliquer aux droits et intérêts en jeu en l'espèce l'analyse de Dagenais et des arrêts subséquents précités,

25. *Lac d'amiante*, supra note 10, par. 77.

26. *Sierra Club*, supra note 4, p. 522-523.

27. *Id.*

28. *Id.*

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 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, 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, 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.*²⁹ (Les italiques sont nôtres.)

Pour résumer, le test élaboré par la Cour dans *Sierra Club* comporte les trois éléments suivants :

1. Le risque en cause doit être réel et important (para 54);
2. L'« intérêt commercial important » en question qui se définit en termes d'intérêt public à la confidentialité (para 55); et
3. L'existence des mesures raisonnables autres que l'ordonnance de confidentialité (para 57).

Il est à noter que la règle 151 est applicable uniquement aux « documents ou éléments matériels qui seront déposés »³⁰, alors comment les parties peuvent-elles protéger la confidentialité des documents et témoignages échangés entre elles qui ne seront pas nécessairement déposés au dossier de la cour ? La règle 4 permet à la cour de combler les lacunes de nature procédurale qui peuvent exister dans les *Règles des Cours fédérales, DORS/98-106* (ci-après « Règles ») ou dans la procédure prévue par une loi du Parlement³¹ :

29. *Id.*, par. 53 à 57.

30. Règle 151(1) des *Règles des Cours fédérales, DORS/98-106*.

31. Brian J. SAUNDERS, Donald J. RENNIE et Graham GARTON, *Federal Courts Practice*, Carswell, Thomas Reuters Canada Limited, 2019, à la p. 346.

4. En cas de silence des présentes règles ou des lois fédérales, *la Cour peut, sur requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les présentes règles ou par renvoi à la pratique de la cour supérieure de la province qui est la plus pertinente en l'espèce. (Les italiques sont nôtres.)*

Cette règle ne devrait pas être invoquée à moins que toutes les autres voies n'aient été épuisées³². En outre, il faut également déterminer si l'absence de disposition précise dans les Règles est intentionnelle, particulièrement si cette absence peut s'expliquer par la structure générale des Règles ou d'une autre loi du Parlement³³.

La Cour fédérale a toutefois décidé qu'il est possible de rendre des ordonnances de confidentialité qui s'appliquent aux documents non visés par la règle 151 en sus de la règle de l'engagement de confidentialité implicite. L'affaire *Levi Strauss* s'agit d'une action en contrefaçon d'une marque de commerce dans lequel un appel contre une ordonnance de confidentialité rendue en vertu de la règle 151 est demandé³⁴. L'ordonnance de confidentialité rendue visait des renseignements financiers de la défenderesse³⁵. La partie demanderesse s'oppose à la forme de l'ordonnance de confidentialité rendue pour plusieurs motifs, notamment que l'ordonnance s'appliquait uniquement aux documents déposés³⁶. À ce sujet, la Cour a énoncé :

[26] Dans la mesure où l'ordonnance ici en cause s'applique aux documents ou éléments matériels autres que ceux qui seront déposés, les restrictions imposées par la règle 151 et l'intérêt exigeant que les dossiers de la Cour soient accessibles ne s'appliquent pas. Par conséquent, je ne vois pas pourquoi il faudrait exiger que l'on s'écarte de la pratique passée à l'égard de ces documents ou éléments matériels, de sorte que les ordonnances de confidentialité « de portée générale » habituelles peuvent continuer à être rendues sur une base bilatérale, et aux mêmes conditions.

32. *Khadr (Next Friend of) c. Canada (Minister of foreign Affairs)*, 2004 CF 1145, j. Finckenstein, (ci-après « *Khadr* »).

33. *Pharmacia Inc. v. Canada (Min. of National Health & Welfare)*, (sub nom. *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*), 1994 CarswellNat 1441 (C.A.F.) (WC).

34. *Levi Strauss & Co. c. Era Clothing Inc.*, 1999 CarswellNat 5333 (CFPI) (WC), par. 1, j. Evans, (ci-après « *Levi Strauss* »).

35. *Id.*, par. 2.

36. *Id.*, par. 3.

[27] Aucune règle ne semble prévoir expressément la délivrance d'ordonnances de confidentialité à l'égard des documents ou éléments matériels qui ne seront pas déposés et qui ne sont donc pas visés par la règle 151. Toutefois, il n'existait pas non plus de disposition de ce genre dans les règles antérieures. *Néanmoins, l'engagement de confidentialité qui est implicitement pris à l'égard des documents ou éléments matériels communiqués dans le cours des interrogatoires préalables et ailleurs pendant le litige suffit pour autoriser la Cour à rendre des ordonnances de confidentialité s'appliquant aux documents ou éléments matériels non visés par la règle 151.* Il semblerait ici opportun d'invoquer la règle 4, la disposition relative aux « cas non prévus ». ³⁷ (Les italiques sont nôtres.)

1.4 *Sierra Club du Canada c. Canada (ministre des Finances), 2002 CSC 41*

Les critères pour l'octroi d'une ordonnance conservatoire ont été formalisés en 2002 dans l'arrêt *Sierra Club*³⁸ où a été examinée la règle 151. Reprenant le critère à la fois subjectif et objectif développé dans l'arrêt *AB Hassle c. Canada*³⁹ en 1998, la Cour Suprême a déclaré que :

[60] Le juge Pelletier souligne que l'ordonnance sollicitée en l'espèce s'apparente à une ordonnance conservatoire en matière de brevets. Pour l'obtenir, le requérant doit démontrer que *les renseignements en question ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels* et que, selon la prépondérance des probabilités, *il est raisonnable de penser que leur divulgation risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques : AB Hassle c. Canada (ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [1998] A.C.F. n° 1850 (QL) (C.F. 1^{re} inst.), par. 29-30.* J'ajouterais à cela l'exigence proposée par le juge Robertson que *les renseignements soient « de nature*

37. *Id.*, par. 26 et 27.

38. *Sierra Club*, *supra* note 4.

39. *AB Hassle*, *supra* note 8. L'octroi de l'ordonnance conservatoire comporte l'application d'un critère à deux volets : (i) un volet subjectif qui « exige que les renseignements aient été en tout temps considérés comme confidentiels par l'intéressé » (par. 29), et (ii) un volet objectif qui « exige que la partie qui revendique la confidentialité démontre, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation des renseignements risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques » (par. 30). Ce critère est décrit par la partie demanderesse au paragraphe 14 et confirmé par le juge Tremblay-Lamer aux paragraphes 15, 17, 19, 29 et 30.

confidentielle » en ce qu'ils ont été « recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteront confidentiels », par opposition à « des faits qu'une partie à un litige voudrait garder confidentiels en obtenant le huis clos (par. 14) ». ⁴⁰ (Les italiques sont nôtres.)

La pratique courante est que, avant de commencer des interrogatoires préalables, les parties négocient un projet d'ordonnance conservatoire qui, une fois finalisé, sera entériné par la cour. Dans les cas où les parties ne sont pas capables de s'entendre, ils peuvent saisir la cour qui verra à déterminer les meilleures modalités pour une telle ordonnance.

Abordons maintenant la récente affaire qui a donné lieu à un examen approfondi des règles visant l'octroi d'une ordonnance conservatoire à la demande des parties.

2. SEEDLINGS LIFE SCIENCE VENTURES LLC c. PFIZER CANADA INC., 2018 CF 443 (PROTONOTAIRE TABIB)

2.1 Les faits

Le litige opposant Seedlings Life Science Ventures LLC à Pfizer Canada inc. (ci-après « Pfizer ») est une dispute de contrefaçon de brevet où la demanderesse accuse Pfizer d'avoir contrefait le brevet canadien No. 2 486 935, intitulé « Appareil et Procédé d'injection automatique rapide d'un médicament ». Pfizer maintient qu'elle n'a pas contrefait ce brevet.

C'est en prévision des interrogatoires préalables que Pfizer a fait sa demande à la Cour en vue d'obtenir une ordonnance conservatoire qui s'appliquerait aux informations confidentielles partagées entre les parties au litige.

2.2 Les motifs de la décision

Dans son jugement du 24 avril 2018, la protonotaire Tabib a décidé qu'à moins de démontrer la nécessité d'une ordonnance expresse ou d'autres circonstances inhabituelles, émettre une ordonnance conservatoire est indésirable, car elle tend à dévaluer l'engagement implicite provenant de la common law⁴¹. De plus, la protonotaire a manifesté la crainte qu'une telle pratique puisse entraîner un abus

40. *Sierra Club*, supra note 4, par. 60.

41. *Seedlings*, supra note 1, par. 74.

ou une mauvaise compréhension des obligations des parties en vertu de l'engagement implicite⁴². Finalement, cette pratique semblerait mettre un fardeau indu sur le temps et les ressources de la Cour⁴³.

Dans le but de trouver une solution autre que l'octroi d'une ordonnance conservatoire, la protonotaire a discuté de la mise en place d'une entente privée entre les parties pour gérer les conditions quant à la divulgation des informations confidentielles, et ce, « sans qu'il soit nécessaire que la Cour les ait reconnues au préalable ou qu'elles aient été intégrées dans une ordonnance explicite »⁴⁴. Alors, si les parties requièrent des mesures supplémentaires offrant une protection au-delà de l'engagement implicite, ou si elles cherchent à avoir les modalités de l'entente de confidentialité exprimées par écrit, un écrit privé pourrait répondre à ces besoins sans devoir recourir à l'approbation préalable de la Cour. En vertu de ce qui précède, la protonotaire a rejeté la demande d'ordonnance de confidentialité.

2.3 Une distinction entre les ordonnances de confidentialité et les ordonnances conservatoires

Une ordonnance conservatoire « ne régit que la façon dont les parties peuvent désigner comme confidentiels [...] les renseignements qu'ils s'échangent au stade préalable d'une action » et ne lie donc que les parties⁴⁵. Selon la protonotaire, « une ordonnance conservatoire [...] ne permet pas aux parties de verser dans le dossier de la Cour des documents sous scellés, même s'ils ont été désignés et cotés comme confidentiels aux termes de l'ordonnance conservatoire ». Seules les ordonnances de confidentialité (octroyées selon la règle 151) permettent aux parties de déposer des renseignements sous scellés au dossier de la cour⁴⁶.

En analysant l'arrêt *Sierra Club*, la protonotaire avait décidé que les critères élaborés n'étaient pas applicables en vue d'obtenir une ordonnance conservatoire. Son raisonnement était le suivant :

[14] Ces ordonnances comportaient également des dispositions détaillées qui régissaient la façon dont les parties devaient traiter les renseignements, et qui feraient partie de ce que j'ai

42. *Id.*

43. *Id.*, par. 64-65, 69 et 74; *Live Face on Web, LLC c. Soldan Fence and Metals (2009) Ltd.*, 2017 CF 858, par. 4-10 et 13-15, p. Tabib, (ci-après « *Live Face* »).

44. *Seedlings*, *supra* note 1, par. 75.

45. *Id.*, par. 9.

46. *Id.*, par. 9 et 10; *Live Face*, *supra* note 43, par. 8.

défini plus tôt comme une « ordonnance conservatoire ». *Le critère, si critère il y avait, qu'appliquerait la Cour pour régler toute contestation portant sur le bien-fondé de la désignation d'une partie était la croyance subjective et en toute bonne foi de la partie ayant désigné les renseignements que ces derniers étaient confidentiels et que leur communication pouvait porter préjudice à ses intérêts commerciaux. Si l'on recourt à la terminologie susmentionnée, les ordonnances examinées et rendues par la Cour dans ces premières affaires étaient en fait des ordonnances conservatoires et de confidentialité hybrides, mais on les qualifiait indifféremment d'ordonnances préventives, d'ordonnances de protection, d'ordonnances de confidentialité, voire d'ordonnances de conservation.*

[15] C'est donc dire que dans le passage de l'arrêt *Sierra Club* mentionné plus tôt, où la Cour suprême cite *les propos du juge Pelletier selon lesquels l'ordonnance de confidentialité demandée « s'apparente à une ordonnance conservatoire en matière de brevets »*, *il faut comprendre que la Cour faisait référence à l'aspect de ces ordonnances qui autorisait les parties à déposer des documents devant le tribunal sous scellés. Le « critère » ou la « condition » qui s'applique à la délivrance de ces ordonnances, comme il est décrit dans les décisions *AB Hassle* et *Apotex c Wellcome*, précitées, n'est donc pas, comme le laisse entendre *Pfizer*, un critère applicable à la délivrance d'une ordonnance conservatoire « pure », mais le critère que l'on appliquait autrefois à la délivrance d'une ordonnance de confidentialité. Par ailleurs, ce critère a été écarté par l'exigence que comporte l'article 151 des Règles et par l'arrêt *Sierra Club* de la Cour suprême.⁴⁷ (Les italiques sont nôtres.)*

Selon la protonotaire, lorsqu'il s'agit d'ordonnances conservatoires, la reconnaissance par le tribunal de l'applicabilité de la règle de l'engagement implicite de confidentialité fait en sorte que les documents confidentiels échangés entre les parties bénéficient déjà d'une protection⁴⁸. En raison de ce qui précède, la cour n'a plus à rendre automatiquement des ordonnances conservatoires sur requête des parties⁴⁹.

47. *Seedlings*, supra note 1, par. 14 et 15.

48. *Id.*, par. 27.

49. *Id.*, par. 4 et 28-30; *Live Face*, supra note 43, par. 1.

2.4 Les critères d'évaluation

La protonotaire a donc rejeté l'application des critères développés dans l'arrêt *Sierra Club* en faveur du critère de « démontre[r] la nécessité de rendre une ordonnance explicite ou qu'il existe d'autres circonstances inusitées »⁵⁰, développé dans la décision *Live Face on Web, LLC c. Soldan Fence and Metals*⁵¹, pour fins d'évaluer la requête pour ordonnance conservatoire de la défenderesse.

À la suite de son analyse factuelle et juridique, la protonotaire a noté que la défenderesse n'allègue pas « une de ces affaires hautement inusitées [...] dans lesquelles il pourrait être nécessaire de rendre une ordonnance intégrant des mesures de protection précises, convenues entre les parties »⁵². La requête de la défenderesse Pfizer a donc été rejetée.

3 *SEEDLINGS LIFE SCIENCE VENTURES LLC c. PFIZER CANADA INC.*, 2018 CF 956 (JUGE AHMED)

Le 27 septembre 2018, le juge Ahmed de la Cour fédérale a renversé la protonotaire Tabib, estimant que celle-ci avait erré en droit par son défaut d'appliquer les critères de *Sierra Club*, non seulement aux demandes visant les documents qui seront déposés auprès de la Cour (ordonnances de confidentialité), mais aussi aux ordonnances conservatoires.

3.1 Les critères applicables selon le juge Ahmed

Le juge Ahmed souligne que la jurisprudence fait état de critères bien définis pour décider de la délivrance d'une ordonnance de protection⁵³, notamment, tel qu'il appert du paragraphe 60 de l'arrêt *Sierra Club*⁵⁴ de la Cour suprême. Ainsi, la Cour reprend la thèse de la défenderesse et statue que les critères applicables s'élaborent comme suit :

- 1) Que « les renseignements en question ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, il est raisonnable de penser que leur

50. *Seedlings*, supra note 1, par. 5 et 74; *Live Face*, supra note 43, par. 1, 16 et 19.

51. *Live Face*, supra note 43.

52. *Seedlings*, supra note 1, par. 5.

53. *Seedlings Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada Inc.*, 2018 CF 956, par. 23, j. Ahmed (ci-après « *Seedlings II* »).

54. *Sierra Club*, supra note 4.

divulgaration risquerait de compromettre [d]es droits exclusifs, commerciaux et scientifiques »⁵⁵, et

- 2) Que « les renseignements soient « de nature confidentielle » en ce qu'ils ont été « recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteront confidentiels »⁵⁶.

3.2 *Sierra Club du Canada c. Canada (ministre des Finances), 2002 CSC 41*

Le Juge Ahmed note que la distinction suggérée par la protonotaire quant aux critères élaborés dans *Sierra Club* ne peut être retenue. La Cour suprême du Canada a repris les critères relatifs aux ordonnances conservatoires énoncés dans le contexte d'un litige en matière de brevets en rappelant l'arrêt *AB Hassle*⁵⁷. Pour ces motifs, les critères applicables en l'espèce sont et restent ceux élaborés dans *Sierra Club*.

La Cour fédérale a donc accueilli l'appel de la défenderesse, a appliqué les critères élaborés au paragraphe 60 de l'arrêt *Sierra Club* et a conclu que la requête de la défenderesse Pfizer en vue d'obtenir une ordonnance conservatoire devait être accordée en l'espèce⁵⁸.

4. LES LACUNES DE LA RÈGLE DE L'ENGAGEMENT IMPLICITE DE CONFIDENTIALITÉ

Malgré que le jugement rendu par la protonotaire n'ait pas été maintenu, il a permis d'exposer les lacunes concernant la règle de l'engagement implicite et les ordonnances conservatoires.

La protonotaire a noté, dans la décision *Live Face on Web*, et encore dans la décision *Seedlings*, que les requêtes ordinaires en

55. *Id.*, par. 60; *Seedlings II*, supra note 53, par. 23 et 24.

56. *Id.*

57. *AB Hassle*, supra note 8; *Seedlings II*, supra note 53, par. 26.

58. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. BNSF Railway Company*, 2019 CF 281, par. 10-19, j. Locke (ci-après « *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* »). Le juge Ahmed a estimé que l'arrêt *Sierra Club* ne s'appliquait pas qu'aux ordonnances de confidentialité, par contre il n'a pas appliqué le test élaboré aux paragraphes 53 à 57 mais plutôt le test élaboré au paragraphe 60 applicable aux ordonnances conservatoires. Dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, la cour a déterminé que les trois critères énoncés aux paragraphes 54, 55 et 57 de l'arrêt *Sierra Club* qui s'appliquent aux ordonnances de confidentialité devraient également s'appliquer aux ordonnances conservatoires. C'est-à-dire, le Juge Locke estime que le Juge Ahmed aurait dû appliquer les trois critères énoncés aux paragraphes 54, 55 et 57 au lieu des critères élaborés au paragraphe 60 de l'arrêt *Sierra Club*.

matière d'ordonnances conservatoires n'accordent pas de protection supplémentaire au-delà de ce qui est déjà accordé par la règle de l'engagement implicite⁵⁹. De plus, la pratique courante en matière de brevets fait en sorte que les ressources limitées de la cour sont davantage surchargées par de telles demandes d'ordonnance conservatoire superflues⁶⁰.

Les soucis notés par les parties quant à la portée de la règle de l'engagement implicite de confidentialité ont été notés par le juge Ahmed⁶¹. Ces soucis au sujet de cette règle ont d'ailleurs été détaillés ainsi par la protonotaire :

1. « Une ordonnance conservatoire indique clairement qu'elle s'applique à des tiers »⁶²;
2. « Il peut être difficile de faire appliquer la règle de l'engagement implicite à des personnes situées à l'extérieur de la juridiction de la Cour »⁶³;
3. « La règle de l'engagement implicite n'est pas codifiée dans les Règles des Cours fédérales, sa portée est incertaine et la jurisprudence n'est pas cohérente »⁶⁴;
4. « L'engagement implicite ne s'applique qu'aux éléments de preuve fournis au stade de la communication préalable, ce qui met en doute son application aux instances autres qu'une action »⁶⁵;
5. « L'engagement implicite s'applique également aux éléments de preuve confidentiels et non confidentiels qui sont fournis au stade de la communication préalable, ce qui crée une obligation *prima facie* de non-divulgaration, même s'il aurait été possible d'obtenir les renseignements d'une autre manière »⁶⁶;
6. « La règle de l'engagement implicite ne donne pas lieu à des sanctions claires et immédiates en cas de non-conformité »⁶⁷;

59. *Seedlings*, supra note 1, par. 64 et 65; *Seedlings II*, supra note 53, par. 30; *Live Face*, supra note 43, par. 13-15.

60. *Seedlings*, supra note 1, par. 69; *Seedlings II*, supra note 53, par. 30; *Live Face*, supra note 43, par. 4-10.

61. *Seedlings II*, supra note 53, par. 31.

62. *Seedlings*, supra note 1, par. 25.

63. *Id.*, par. 28.

64. *Id.*, par. 31.

65. *Id.*, par. 33.

66. *Id.*, par. 34.

67. *Id.*

7. « La règle de l'engagement implicite ne restreint pas le nombre ou le genre de personnes qui peuvent recevoir des éléments de preuve obtenus au stade de la communication préalable, à condition que ce soit aux fins de l'instance »⁶⁸.

CONCLUSION

La décision du juge Ahmed, rendue dans *Seedlings Life Science Ventures, LLC c. Pfizer Canada Inc.*, confirme l'applicabilité des critères développés dans *Sierra Club* pour l'obtention des ordonnances conservatoires.

De plus, le juge Ahmed a reconnu qu'il existe des lacunes quant à l'applicabilité de la règle de l'engagement implicite de confidentialité. Pour ces fins, celui-ci suggère un changement législatif qui aurait pour but la clarification de la portée de la règle de l'engagement implicite de confidentialité⁶⁹.

En attendant d'une telle clarification, la pratique, notamment en matière de propriété intellectuelle, continuera de favoriser l'obtention des ordonnances conservatoires pour éliminer tout doute quant à l'applicabilité de la règle de l'engagement implicite de confidentialité.

68. *Id.*

69. *Seedlings II*, *supra* note 53, par. 30; *Canadian National Railway Company*, *supra* note 58, par. 49-50.