

Cour fédérale



Federal Court

**Date : 20211104**

**Dossier : T-1004-18**

**Référence : 2021 CF 1179**

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**Ottawa (Ontario), le 4 novembre 2021**

**En présence de monsieur le juge Barnes**

**ENTRE :**

**AKEBIA THERAPEUTICS, INC.  
OTSUKA CANADA PHARMACEUTICAL INC.**

**demandereses**

**et**

**FIBROGEN, INC.**

**défenderesse**

**ORDONNANCE ET MOTIFS**

[1] La Cour est saisie d'une requête qu'a présentée la demanderesse, Akebia Therapeutics Inc. [Akebia], afin d'obtenir l'annulation de la désignation de confidentialité de la défenderesse [Fibrogen] à l'égard de deux déclarations de témoins remises à Akebia dans le cadre d'une action sous-jacente en invalidation de brevets. Les déclarations de témoins faisaient partie de la preuve proposée par deux inventeurs nommés des brevets canadiens en cause. Mises

ensemble, les déclarations représentent plus de 2 000 pages, et elles comportent des centaines de pages supplémentaires en pièces jointes [les déclarations].

[2] Le principal problème qui se pose dans le cadre de la présente requête découle de la désignation par Fibrogen des déclarations en entier comme confidentielles ou hautement confidentielles aux termes d'une entente de confidentialité [l'Entente] conclue entre les parties au début du mois d'août 2020. L'objectif déclaré de l'Entente était d'établir des règles [TRADUCTION] « concernant le maintien et la protection de la confidentialité de certains documents et renseignements qui peuvent être communiqués dans le cadre de l'action ». Fibrogen soutient que, selon les termes de l'Entente, elle était en droit de désigner toutes les déclarations comme confidentielles ou hautement confidentielles, que les renseignements qu'elles contiennent soient ou non commercialement ou scientifiquement sensibles. Selon Fibrogen, l'Entente ne prévoyait pas de suppression ni de caviardage de renseignements qui seraient habituellement considérés comme des secrets commerciaux et elle avait donc le droit de protéger tout le contenu des déclarations, sauf en cas d'autorisation contraire<sup>1</sup>. Akebia affirme qu'en vertu de l'Entente, la désignation de confidentialité de Fibrogen a été faite de mauvaise foi et que seuls les renseignements commercialement sensibles contenus dans les déclarations pouvaient être ainsi désignés.

[3] Indépendamment du désistement de l'action sous-jacente, Akebia demande à la Cour d'annuler les désignations de confidentialité de Fibrogen, sauf dans la mesure où les intérêts commerciaux de Fibrogen pourraient être compromis. Akebia a reconnu que le motif de sa

---

<sup>1</sup> L'Entente désigne un nombre limité de personnes qui peuvent avoir accès aux déclarations.

requête est d'utiliser éventuellement les parties [TRADUCTION] « non confidentielles » des déclarations dans le cadre d'un litige entre les parties aux États-Unis qui est étroitement lié à l'espèce.

[4] Avant d'examiner le bien-fondé des désignations de confidentialité de Fibrogen, je dois trancher deux questions préliminaires que Fibrogen a soulevées.

[5] Fibrogen soutient qu'étant donné le désistement de l'action sous-jacente avant la présentation de la requête d'Akebia et le fait que les déclarations n'ont pas été produites devant la Cour, sauf sous scellés, dans le cadre de la présente requête, celle-ci est devenue théorique.

[6] Fibrogen soutient également que tous les renseignements contenus dans les déclarations sont assujettis à la règle de l'engagement implicite et qu'Akebia ne peut les utiliser à quelque fin que ce soit dans le cadre du litige aux États-Unis. Akebia a déposé les déclarations dans son dossier de requête – bien que sous scellés – ce qui contrarie Fibrogen. La démarche d'Akebia, affirme-t-elle, représente une façon inappropriée de contourner son engagement implicite. En plaçant les déclarations dans le dossier de la Cour, on peut soutenir que l'engagement implicite est éteint, du moins dans la mesure où les renseignements déposés ne satisfont pas au critère énoncé dans l'arrêt *Sierra Club* : voir *Sierra Club du Canada c Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 RCS 522 et *Sherman (Succession) c Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] ACS n° 25.

## I. Le caractère théorique

[7] Fibrogen affirme que le désistement de l'action sous-jacente fait en sorte que la présente requête est devenue théorique. Elle se fonde sur plusieurs arrêts qui portent sur la question, à savoir, l'arrêt *Borowski c Canada (Procureur général)*, [1989] 1 RSC 342, [1989] ACS n° 14 (CSC) au para 15, l'arrêt *Philipos c Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 79 aux para 13, 16 et 17, [2016] 4 RCF 268 et l'arrêt *Olumide c Canada*, 2016 CAF 287 aux para 29-30, [2016] 4 RCF 268.

[8] Fibrogen reconnaît que certaines questions de procédure à trancher peuvent subsister malgré un désistement. Toutefois, à son avis, la présente requête n'a aucun lien avec quelque question que ce soit qui était en instance devant la Cour au moment du désistement. Les termes de l'Entente accordant à Akebia le droit de contester une désignation de confidentialité ne se rapportent qu'à une fin liée à la poursuite de l'action et Fibrogen affirme que [TRADUCTION] « l'action est terminée ». Même si la Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire limité pour trancher une question théorique, les facteurs pertinents ne lui permettent pas de s'engager dans un exercice purement rhétorique détaché de tout litige sous-jacent : *Canada (Revenu national) c McNally*, 2015 CAF 248 aux para 7-15, [2015] ACF n° 1310.

[9] L'argumentation de Fibrogen sur le caractère théorique en l'espèce comporte des faiblesses, surtout en ce qui concerne les modalités de l'Entente. Premièrement, dans le cadre de l'Entente, les deux parties ont reconnu la compétence de la Cour et ont convenu que celle-ci pouvait faire exécuter l'Entente par tout moyen qu'elle estime juste. Il ressort au moins des

dispositions de l'Entente que la Cour est toujours habilitée à faire exécuter l'Entente, même après la fin du litige. L'article 31 le précise explicitement ainsi :

31. [TRADUCTION]  
Aucune des personnes à qui des renseignements confidentiels désignés ou des renseignements hautement confidentiels désignés ont été communiqués aux termes de la présente Entente n'est dégagée, à l'issue de l'instance, de l'obligation de maintenir la confidentialité de ces renseignements conformément aux modalités de l'Entente. Les modalités de la présente Entente demeureront en vigueur, après la décision définitive rendue dans la présente instance, et la Cour demeurera compétente pour trancher toute question relative à la présente Entente, y compris, sans s'y limiter, toute question relative à son exécution.

[10] En outre, l'argument de Fibrogen concernant l'engagement implicite nuit à son argument concernant le caractère théorique en l'espèce. Il ne peut être soutenu à la fois que la Cour a le pouvoir permanent de faire exécuter l'engagement implicite d'une partie et que l'alinéa 23a) de l'Entente stipule que l'Entente n'a pas une [TRADUCTION] « incidence sur quelque engagement implicite que ce soit ». On peut supposer que, si Fibrogen avait été préoccupée par ce qui lui semblait être une violation de l'Entente ou d'un engagement implicite d'Akebia, elle aurait pu solliciter la réparation appropriée devant la Cour malgré le désistement. Le cas échéant, Akebia aurait la possibilité de contester la validité des désignations de confidentialité de Fibrogen. En l'espèce, Akebia cherche uniquement à invoquer son droit de contester de manière préventive ces désignations en vue d'une utilisation éventuelle de la preuve devant la Cour de district des États-Unis. Sous réserve de tout engagement implicite résiduel, il n'y a rien d'inapproprié dans la conduite d'Akebia qui cherche à contester les désignations de confidentialité de Fibrogen devant la Cour avant l'utilisation éventuelle des déclarations aux États-Unis dans un but approprié, par exemple, pour attaquer la crédibilité d'un témoin. La question ne peut être laissée en suspens

dans le forum même où les parties ont convenu de la régler et dans le cas où Akebia serait autrement obligée de détruire les documents. Il s'agit plutôt d'une question « qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties » et qui pourrait avoir « un effet pratique sur ces droits » : voir *Borowski* au para 15. Il est clair que l'Entente impose aux deux parties des obligations qui survivent au litige et, par conséquent, la requête n'est pas théorique.

## II. La règle de l'engagement implicite

[11] Fibrogen invoque également la règle de l'engagement implicite pour contester l'annulation de ses désignations de confidentialité. Cette règle de preuve n'est vraisemblablement applicable que si Akebia tente d'utiliser les renseignements à des fins accessoires inappropriées. Fibrogen affirme qu'Akebia a déjà violé son engagement en déposant les déclarations sous scellés dans le cadre de la présente requête, ce qui la met dans la position de devoir [TRADUCTION] « prouver le caractère confidentiel de chacune des parties des documents déposés, même si ces documents n'ont jamais été présentés devant la Cour » : voir les observations écrites de la défenderesse au para 51.

[12] Je ne suis pas d'accord pour dire qu'Akebia a violé la règle de l'engagement implicite en agissant comme elle l'a fait. En effet, Akebia a agi conformément aux termes de l'Entente lorsqu'elle a déposé les déclarations sous scellés dans le cadre de la présente requête. Lors des discussions sur la question de la confidentialité dans une précédente conférence de gestion de l'instance, il a été convenu que la présente requête serait nécessaire. À partir de ce moment, et jusqu'au dépôt des dossiers de requête, les parties ont échoué à s'entendre sur les parties des

déclarations qui devaient être désignées. En l'absence d'un accord, on pouvait s'attendre à ce que, si elle acceptait l'argument d'Akebia, la Cour doive examiner les déclarations en entier<sup>2</sup>.

[13] L'Entente prévoit expressément le processus qu'Akebia a suivi. Premièrement, elle exige que la désignation de confidentialité d'une partie soit fondée sur un motif [TRADUCTION] « raisonnable » et soit faite de [TRADUCTION] « bonne foi » : voir les articles 4 et 5. L'article 4 et l'alinéa 23b) prévoient que de telles désignations peuvent être contestées et l'alinéa 23c) permet qu'une [TRADUCTION] « décision » soit rendue sur la question. L'article 1 fournit une définition de « renseignement confidentiel » et précise ensuite ce que la définition exclut. Il va de soi que, pour distinguer les renseignements confidentiels des renseignements non confidentiels, la Cour devrait disposer des documents contestés en entier. La tâche de distinction nécessitait le dépôt initial des déclarations en entier sous scellés et éventuellement leur versement, complet ou partiel, au dossier public de la Cour. Toute partie du dossier qui se retrouve finalement dans le dossier de la Cour peut alors faire l'objet d'une requête en vertu de l'article 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [les Règles] : voir les articles 11 à 13.

[14] En s'en remettant à la compétence de la Cour pour trancher les questions de confidentialité, Fibrogen a donné lieu à la possibilité qu'une partie ou la totalité des déclarations deviennent publiques. Elle ne peut pas maintenant demander la protection qui découle de la règle de l'engagement implicite pour empêcher cette possibilité. Si les parties ne voulaient pas assumer le risque, elles auraient pu stipuler que toute décision relative à la confidentialité,

---

<sup>2</sup> Entre-temps, les parties ont réussi à s'entendre sur la question, sous réserve de la décision de la Cour sur la portée des désignations autorisées en vertu de l'Entente : voir la note de bas de page 13 des observations écrites de la demanderesse en réplique.

*ex post facto* ou autrement, soit prise par dans le cadre d'un processus d'arbitrage privé, et non devant la Cour.

[15] Je ne suis pas non plus convaincu que l'intention déclarée d'Akebia d'utiliser éventuellement les déclarations dans le cadre du litige aux États-Unis constitue un fondement suffisant pour appliquer la règle de l'engagement implicite à ce stade. Il reste à voir si ce sera le cas ou non et, même alors, l'admissibilité d'un élément de preuve assujéti à la règle de l'engagement implicite dépend souvent du but de son utilisation ou d'autres circonstances contextuelles. Par exemple, une dérogation à un engagement implicite est souvent autorisée lorsque l'utilisation de la preuve se limite à la récusation d'un témoin : voir *Juman c Doucette*, 2008 CSC 8 au para 41, [2008] 1 RCS 157. Il n'est pas rare non plus que la règle soit levée lorsque les mêmes parties ou des parties semblables ont intenté des procédures connexes portant sur les mêmes questions en litige ou des questions semblables : voir *Juman* au para 35. À ce stade, je ne sais pas si Akebia utilisera les déclarations ni dans quelles circonstances elle le fera, le cas échéant. Si la question se pose, c'est alors qu'il faudra la trancher.

### III. La désignation de Fibrogen était-elle conforme à l'Entente?

[16] L'article 24 de l'Entente stipule que la partie qui affirme que des renseignements sont confidentiels (à savoir, Fibrogen) porte le fardeau de la preuve, selon la prépondérance des probabilités, en cas de contestation de la désignation de renseignements à titre de renseignements confidentiels.



[17] Fibrogen soutient que, si un document parmi les déclarations contient une quantité quelconque de renseignements confidentiels ou hautement confidentiels et non publics, le document en entier peut être ainsi désigné. Selon son argument, Fibrogen n'était pas tenue d'analyser les documents pour relever et désigner uniquement les renseignements commercialement ou scientifiquement sensibles et non publics. Je n'accepte pas cet argument, car il est incompatible avec le libellé et l'esprit de l'Entente.

[18] L'objectif de l'Entente était de limiter la communication des renseignements commercialement sensibles à certains représentants de la partie adverse qui devaient en prendre connaissance dans le cadre du litige. L'inclusion de parties de documents qui ne compromettraient pas les intérêts scientifiques ou commerciaux de Fibrogen en cas de divulgation ne servirait aucun objectif.

[19] Bien que la définition de renseignement confidentiel et hautement confidentiel prévue dans l'Entente ne se veuille pas exhaustive, les exemples qu'elle fournit (par exemple, les protocoles d'études cliniques, les données scientifiques, les plans de développement clinique, les plans de commercialisation, les identités chimiques des composés exclusifs et les stratégies techniques, commerciales, financières et d'affaires confidentielles) témoignent également de la portée élargie de la protection que revendique Fibrogen [non souligné dans l'original].

[20] L'idée que Fibrogen avait le droit, de bonne foi, de protéger un document en entier parce qu'il contenait une quantité limitée de renseignements commerciaux sensibles est également incompatible avec le sous-alinéa 1g)(ii), qui accorde une protection sur [TRADUCTION] « toute

partie d'un affidavit, d'un document, d'une pièce, d'un élément de preuve ou d'une transcription d'un interrogatoire qui est produite » et qui, directement ou indirectement, fait référence à un [TRADUCTION] « renseignement confidentiel ». On en déduit que seule la partie d'un document qui est confidentielle fait l'objet de la protection, ce qui est également conforme au libellé de l'article 4, qui prévoit la désignation d'un [TRADUCTION] « renseignement » et non de l'intégralité d'un document qui contient un tel renseignement.

[21] Je ne suis pas non plus convaincu que la référence, au sous-alinéa 1g)(i), à tout renseignement [TRADUCTION] « non public et confidentiel ou exclusif » appuie l'interprétation de Fibrogen. Le libellé comporte la conjonction [TRADUCTION] « et », vraisemblablement pour exclure la protection des renseignements confidentiels ou exclusifs qui sont néanmoins devenus publics. J'ajouterais que la position de Fibrogen aurait pu facilement être réduite à un libellé clair si la portée de la protection souhaitée était aussi large qu'elle l'affirme maintenant.

[22] En conclusion, je suis d'accord avec Akebia pour dire que seuls les renseignements commercialement et scientifiquement sensibles dans les déclarations peuvent faire l'objet d'une désignation de confidentialité de bonne foi. Puisque les parties ont récemment conclu une entente quant aux renseignements contenus dans les déclarations qui respectent la norme susmentionnée, la requête sera réglée sur cette base.

#### IV. Que faire des documents sous scellés relatifs à la requête?

[23] Bien que je reconnaisse l'argument d'Akebia selon lequel Fibrogen aurait dû envisager la possibilité de la décision ci-dessus et solliciter une mesure de protection en vertu de l'article 151

des Règles, je pense qu'il convient de protéger de façon appropriée les intérêts commerciaux reconnus de Fibrogen. Les documents relatifs à la requête mis sous scellés le resteront à condition que, dans un délai de trente [30] jours, les parties, ou l'une d'entre elles, déposent un dossier public caviardé conformément aux termes de l'Entente conclue entre les parties, telle qu'elle est énoncée à la note de bas de page 13 des observations écrites de la demanderesse en réplique. Si un dossier caviardé n'est pas déposé dans les trente [30] jours, le dossier de requête sous scellés sera intégralement descellé et versé au dossier public.

V. Dépens

[24] Akebia a droit aux dépens afférents à la requête, lesquels sont fixés à 10 000 \$.

**ORDONNANCE DANS LE DOSSIER T-1004-18**

**LA COUR ORDONNE que la requête soit accueillie aux conditions suivantes :**

1. Les documents relatifs à la requête déposés précédemment sous scellés dans le cadre de la requête resteront sous scellés à condition que, dans un délai de trente [30] jours, les parties, ou l'une d'entre elles, déposent un nouveau dossier de requête caviardé conformément à l'Entente entre les parties qui figure à la note de bas de page 13 des observations écrites de la demanderesse déposée en réplique. Si un dossier de remplacement n'est pas déposé dans les trente [30] jours, le dossier de la requête tel qu'il a été déposé sera descellé et versé au dossier public.
2. Les renseignements non caviardés décrits au paragraphe précédent ne sont pas confidentiels et ne sont pas des renseignements confidentiels désignés ni des renseignements hautement confidentiels désignés en vertu de l'Entente de confidentialité des parties.
3. Les dépens afférents à la requête, qui sont fixés à 10 000 \$, sont payables à la demanderesse.

« R.L. Barnes »

---

Juge

**COUR FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** T-1004-18

**INTITULÉ :** AKEBIA THERAPEUTICS, INC. c FIBROGEN,  
INC.

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

**DATE DE L'AUDIENCE :** LE 24 SEPTEMBRE 2021

**ORDONNANCE ET MOTIFS :** LE JUGE BARNES

**DATE DE L'ORDONNANCE  
ET DES MOTIFS :** LE 4 NOVEMBRE 2021

**COMPARUTIONS :**

M. Michael Burgess  
M<sup>me</sup> Serit E. Batner

POUR LES DEMANDERESSES

M. David Yi  
M. Brian Daley

POUR LA DÉFENDERESSE

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

McCarthy Tétrault  
S.E.N.C.R.L., s.r.l.  
Cabinet d'avocats  
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDERESSES

Norton Rose Fulbright Canada  
S.E.N.C.R.L., s.r.l.  
Cabinet d'avocats  
Montréal (Québec)

POUR LA DÉFENDERESSE