

Date : 20100622

Dossier : T-1118-09

Référence : 2010 CF 684

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Toronto (Ontario), le 22 juin 2010

En présence de monsieur le protonotaire Kevin R. Aalto, chargé de la gestion de l'instance

ENTRE :

PFIZER CANADA INC. ET EISAI CO., LTD.

demandereses

et

GENPHARM ULC, MYLAN PHARMACEUTICALS ULC

ET LE MINISTRE DE LA SANTÉ

défendeurs

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

[1] Lorsque deux sociétés fusionnent, un acte accompli par l'une des sociétés avant la fusion en son nom antérieur à la fusion aboutit-il effectivement à la nullité de l'acte? C'est l'une des questions soulevées dans la présente demande en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le « Règlement »). Autrement dit, une société qui continue d'exercer ses activités sous son nom utilisé avant la fusion sans l'enregistrer, est-elle une « seconde personne » au sens du Règlement?

[2] La présente requête est présentée par les défenderesses, Genpharm ULC et Mylan Pharmaceuticals ULC (collectivement « Genpharm », individuellement « Genpharm ULC » et « Mylan ») en vertu de l'alinéa 6(5)b) du Règlement pour radier une allégation restrictive se trouvant dans l'avis de demande. L'allégation précise remet en cause l'existence juridique de Genpharm ULC. Pfizer prétend que l'avis d'allégation (« AA ») qui a déclenché la présente instance n'a aucun effet juridique puisque Genpharm ULC, au moment où elle a signifié l'AA, [TRADUCTION] « n'existait pas en droit ou n'était pas une "seconde personne" » aux termes du Règlement. La question à trancher dans la présente requête est celle de savoir si ces allégations « d'existence juridique » sont sans fondement et vouées à l'échec.

[3] En termes simples, Pfizer soutient qu'il n'y a pas de personne morale appelée « Genpharm ULC » et que celle-ci n'existait pas lorsqu'elle a, soi-disant, signifié un AA à Pfizer.

C'est parce que plus d'un mois avant de signifier l'AA, elle était devenue Mylan Pharmaceuticals ULC. Ainsi, selon Pfizer, Genpharm ULC n'était pas une « personne » morale et ne pouvait pas devenir une « seconde personne » aux termes du Règlement. Un AA envoyé par une entité qui n'est pas une seconde personne n'a aucun effet juridique. Pour cette raison, elle soutient que l'allégation ne devrait pas être radiée et devrait pouvoir être examinée par le juge du fond.

[4] Genpharm, pour sa part, fait valoir que l'argument de Pfizer n'est pas fondé et que l'audience ne devrait pas être encombrée d'allégations qui n'auraient aucune incidence sur l'issue de l'instance. Genpharm souligne également que le changement de nom est une question interne à Genpharm et ne modifie pas l'économie générale du Règlement.

[5] Afin de mieux comprendre le problème, une brève chronologie est utile. Les paragraphes qui suivent présentent la chronologie des faits ayant donné lieu au problème de personne morale soulevé par Pfizer :

21 décembre 2007 Genpharm ULC continue d'exercer ses activités sous le régime de la *Alberta Business Corporations Act* (« ABCA »);

23 décembre 2008 Genpharm ULC dépose sa présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) auprès du ministre;

1 ^{er} janvier 2009	Genpharm ULC fusionne avec Prempharm ULC sous le régime de l'ABCA et continue d'exercer ses activités Genpharm ULC;
24 avril 2009	Enregistrement du changement du nom de Genpharm ULC à Mylan;
27 mai 2009	L'AA est envoyé à Pfizer;
18 juin 2009	La preuve de signification à Pfizer de l'AA est envoyée au ministre;
29 juin 2009	Pfizer effectue une recherche d'entreprise à l'égard de Genpharm ULC;
10 juillet 2009	L'avis de demande est émis par Pfizer;
14 juillet 2009	Pfizer procède à la signification à Genpharm;
1 ^{er} octobre 2009	Genpharm adopte officiellement le nom de Mylan;
Décembre 2009	Mylan dépose de l'information auprès du ministre pour effectuer un changement de nom et passer de Genpharm ULC à Mylan Pharmaceuticals ULC.

[6] À la lumière de ces faits, Pfizer allègue dans son avis de demande que :

[TRADUCTION] 6. Genpharm ULC prétend être une « seconde personne » en vertu du Règlement. Toutefois, le 1^{er} janvier 2009, Genpharm ULC a fusionné avec Prempharm Inc. et, le 24 avril 2009, l'entité issue de la fusion a changé son nom pour adopter celui de Mylan Pharmaceuticals ULC. Les détails de la fusion et du changement de nom de Genpharm ULC, ainsi que des détails sur Genpharm ULC et Mylan Pharmaceuticals ULC qui

sont actuellement les promoteurs de la présentation abrégée de drogue nouvelle de Genpharm auprès du ministre ne sont pas connus des demanderesses, mais sont connus des défendeurs.

10. Les demanderesses soutiennent que Genpharm ULC, au moment de l'envoi de l'AA, n'était pas une personne morale. Les demanderesses prétendent qu'une lettre censée être un AA rédigée par une entité qui, en droit, n'existe pas, est nulle. À titre subsidiaire, les demanderesses soutiennent que Genpharm ULC ne peut pas être une « seconde personne » aux termes du Règlement puisque Genpharm ULC n'existe pas en droit. Les demanderesses soutiennent en outre que l'AA n'a donc aucun effet juridique et, en particulier, n'est pas conforme au paragraphe 5(1) du Règlement, puisqu'il a été envoyé par une entité qui n'existe pas en droit ou n'est pas une seconde personne.

[7] Cette prétention est-elle dépourvue de toute chance de succès, de sorte qu'elle devrait être radiée à ce stade de l'instance? Pour les raisons qui suivent, à mon avis, elle le devrait.

[8] L'avocat de Pfizer fait habilement valoir que la question n'est ni dépourvue de toute chance de succès ni clairement futile et devrait être laissée à l'appréciation du juge du fond aux fins de décision. Cependant, bien qu'il serait facile de permettre à l'affaire de se poursuivre et d'être tranchée par le juge du fond, il faut se rappeler que les procédures visées par le Règlement sont fastidieuses, complexes et orientées vers la compréhension des brevets et de leurs revendications ainsi que des thèses respectives du titulaire du brevet et du fabricant de produits génériques. Il n'est pas nécessaire d'ajouter à la complexité de l'audience d'une demande en vertu du Règlement, surtout lorsque la matrice factuelle aux fins de résolution de la question est complète et ne sera pas différente à l'audience. Il est encore plus important de traiter de telles questions au

moyen d'une requête au début de la procédure, car la résolution de la question peut avoir une incidence sur l'audience.

[9] Quel était le statut juridique de Genpharm ULC au moment où elle a signifié son AA à Pfizer le 27 mai 2009? Bien que cela ne soit peut-être pas une conséquence ultime, il n'y a aucune preuve irréfutable que Pfizer était confuse de quelque façon que ce soit lorsqu'elle a reçu l'AA de Genpharm ULC. Elle a effectué des recherches sur les sociétés qui ont donné lieu aux allégations contestées faites. Elle a répondu à l'AA en délivrant le présent avis de demande dans lequel elle a nommé Genpharm ULC et Mylan, et a signifié l'avis initial à la bonne adresse du siège social.

[10] Pfizer fait valoir que Genpharm ULC n'était ni le véritable nom de la partie signifiant l'AA ni un nom commercial ou une dénomination commerciale, et qu'elle ne peut donc pas être une « deuxième personne » au sens du *Règlement*. Elle soutient que l'utilisation du nom Genpharm ULC était illégale et qu'il s'agissait d'une dénomination commerciale non enregistrée ou d'un nom fictif, et qu'il n'existait pas de personne morale au nom de Genpharm ULC. Par conséquent, Genpharm ULC ne peut pas être une « deuxième personne » aux termes du *Règlement*. Si elle n'est pas une « deuxième personne », alors ces procédures sont nulles et doivent être recommencées sous le nom légal correct de Mylan.

[11] À l'appui de ces propositions, Pfizer fait valoir qu'en vertu du paragraphe 10(9) de la loi ABCA, le droit d'une société de s'identifier sous un nom autre que sa dénomination sociale est limité par le paragraphe 10(10) qui prévoit que si une société [TRADUCTION] « exerce une activité commerciale ou s'identifie sous un nom autre que sa dénomination sociale, le nom ne doit pas contenir un mot visé à l'article 3 ou au paragraphe 15.4 (2) ». L'un des acronymes visés au paragraphe 15.4 (2) est « SRL » au sens de l'acronyme « ULC » dans la version anglaise de la Loi. Cependant, il est essentiel d'examiner cette disposition en entier. Elle se lit comme suit :

[TRADUCTION]

(2) Aucune autre personne que celle qui est constituée en société à responsabilité illimitée ne peut exercer une activité commerciale en Alberta sous un nom ou un titre qui contient les mots « société à responsabilité illimitée » ou « SRL ».

[12] Notamment, l'article mentionne uniquement [TRADUCTION] « en Alberta ». La preuve dont dispose la Cour atteste que Mylan et Genpharm ULC exercent leurs activités en Ontario. L'avis de conformité a été envoyé à Pfizer au nom de Genpharm ULC à partir de ses bureaux d'affaires en Ontario aux bureaux d'affaires de Pfizer en Ontario. Cet article ne s'applique pas dans les circonstances. Même s'il s'appliquait et si Genpharm ULC est en faute en utilisant ULC dans un nom commercial, le redressement pour ce manquement n'est pas de nature à empêcher la société d'exister. Le redressement prévu dans la loi ABCA est une amende puisqu'il s'agit d'une infraction réglementaire (voir le paragraphe 10(4)).

[13] Cependant, les dispositions analogues à celles de la loi ABCA existent en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario (la « LSAO ») et de la *Loi sur les noms commerciaux* de l'Ontario (« LSCO »). Pfizer se fonde également sur la LSCO pour appuyer sa position. Par exemple, la LSCO prévoit au paragraphe 2(1) qu'« [a]ucune personne morale ne doit exploiter une entreprise ni s'identifier publiquement sous un nom autre que sa dénomination sociale, sauf si elle a également enregistré ce nom ». La LSCO s'applique également aux sociétés extraprovinciales et prévoit au paragraphe 2.1(2) qu'« [a]ucune société de capitaux extraprovinciale ne doit exploiter une entreprise en Ontario, sauf si elle a enregistré son nom », et au paragraphe 2.1(3) qu'« [a]ucune société de capitaux extraprovinciale ne doit exploiter une entreprise en Ontario sous un nom autre que celui qui est enregistré ». Ces paragraphes traitent de l'interdiction d'exercer une activité commerciale et non de l'existence de l'entité. La peine encourue pour la violation de ces dispositions se trouve au paragraphe 10(1) qui est rédigé comme suit :

Quiconque contrevient, sans motifs raisonnables, à l'article 2 ou 2.1 ou au paragraphe 4 (4) ou (6) ou fait dans une demande d'enregistrement visée par la présente loi une déclaration fautive ou trompeuse sur un fait important est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende d'au plus 2 000 \$ ou, si cette personne est une personne morale, d'une amende d'au plus 25 000 \$.

[14] Le paragraphe 7(3) prévoit notamment que « [u]n contrat n'est pas nul d'une nullité absolue ou relative du seul fait qu'une personne contractante avait, au moment de la conclusion du contrat, commis une infraction à la présente loi ou aux règlements ». Ce qu'il faut noter à propos de cette loi, c'est qu'elle traite de questions de réglementation et ne parle pas de l'existence

légale de sociétés ou d'entreprises. Ces paragraphes s'appliquent à Genpharm puisqu'elle exerce ses activités en Ontario.

[15] Pfizer cite deux décisions ontariennes à l'appui de son argument selon lequel Genpharm ULC est une personne morale inexistante. La première décision est celle du juge de paix dans la décision *Toronto v. 1342736 Ontario Inc.* [2001] O.J. N° 4550 et la deuxième décision est celle de la Cour d'appel de l'Ontario, arrêt *Southside Property Management (London) Inc. v. Sibold Estate* [2004] O.J. N° 701 (C.A. Ont.). Dans la première affaire, le juge de paix devait statuer sur l'exploitation d'une entreprise de rénovation domiciliaire sans permis. La société accusée exerçait des activités sous divers noms, y compris un nom qui ne semblait pas exister. La Couronne n'a pas pu prouver que le nom sous lequel la société exerçait ses activités n'était pas celui d'une personne morale légalement constituée. En l'absence de preuve, les accusations ont été rejetées. L'affaire ne permet pas de trancher la question devant la Cour.

[16] Dans l'arrêt *Southside*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que, comme le nom commercial utilisé n'était pas celui d'une personne morale, elle n'était pas en mesure de poursuivre une instance. Il s'agissait d'une action visant l'exécution précise d'un contrat. *Southside Group* n'était pas et n'a jamais été une personne morale, mais seulement un nom utilisé par un individu pour conclure un contrat. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la personne avait enfreint la LSCO. Par conséquent, la demanderesse, *Southside Group*, n'était pas en mesure de poursuivre une action en vue de tirer avantage du contrat. L'essentiel de la

conclusion de la Cour était qu'il n'existait pas de personne morale. Encore une fois, cette affaire n'aide pas Pfizer.

[17] La réponse à la thèse de Pfizer réside dans la fusion. La fusion de Genpharm ULC et de Mylan a entraîné l'existence continue des deux sociétés. Comme l'a noté la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Black and Decker Manufacturing Co.*, [1974] RCS 411, à la suite d'une fusion, « aucune "nouvelle" compagnie n'est créée et aucune "ancienne" compagnie ne disparaît » et il est permis aux « compagnies constituantes de subsister dans leur intégralité au sein de la compagnie née de la fusion, avec toutes leurs forces et leurs faiblesses[...] » (aux pages 417 et 422). Donc, à la suite de la fusion, Genpharm ULC n'a pas cessé d'exister, Mylan non plus. Les arguments de Pfizer sont fondés sur la conclusion selon laquelle Genpharm ULC n'existait pas au moment où l'AA a été envoyé. Cependant, il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer les conclusions de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Black & Decker* à Genpharm ULC. Genpharm ULC existait, et, selon les termes de la Cour Suprême, a subsisté « dans [son] intégralité » après la fusion. De plus, les parties ayant un intérêt dans la présente procédure sont devant la Cour.

[18] Pfizer fait également valoir que, même si cette question peut être une question nouvelle dans une procédure en vertu du Règlement, c'est une raison de plus de laisser au juge du fond le soin de la trancher. Cependant, le fait qu'une question soit nouvelle ne la rend pas méritoire et il n'y a pas non plus de raison impérieuse d'encombrer les questions litigieuses entourant le brevet en

cause avec cette question, alors que le dossier est complet et ne sera pas différent devant le juge du fond. Des arguments supplémentaires en faveur de cette approche peuvent être trouvés dans la décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Minister of Health)* [2007] A.C.F. n° 273 où le juge Hughes exprime son avis au paragraphe 16 comme suit :

Compte tenu de ces considérations, je conclus qu'une requête fondée sur l'alinéa 6(5)a) devrait être examinée en partant du principe que, si une décision peut être rendue sur le fondement du droit et de l'application d'une preuve pertinente non contestée ou d'admissions ou encore de conclusions évidentes et manifestes tirées de la preuve, la Cour devrait alors rendre une décision. La requête fondée sur l'alinéa 6(5)a) doit avoir un objet qui n'est pas frivole. Par ailleurs, si la Cour doit trancher la question à partir d'une preuve pertinente contestée ou soupeser le bien-fondé d'une opinion d'expert contradictoire, la question devrait être examinée au procès. Il est difficile de résumer le contexte comme étant simplement « évident et manifeste », il faut aller plus loin. Mais, lorsque la règle de droit peut être appliquée aux admissions et à la preuve pertinente qui s'est révélée plutôt incontestée ou « évidente et manifeste », la Cour a alors l'obligation de rendre une décision.

[19] À mon avis, cette mise en garde du juge Hughes s'applique également à l'alinéa 6(5)b).

L'alinéa 6(5)b) du Règlement est libellé comme suit :

Sous réserve du paragraphe (5.1), lors de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), le tribunal peut, sur requête de la seconde personne, rejeter tout ou partie de la demande s['] : [...] il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement, à l'égard d'un ou plusieurs brevets, un abus de procédure.

[20] Enfin, la Cour a soigneusement examiné les arguments de Pfizer concernant le lourd fardeau de la preuve lors de la présentation d'une requête en radiation et le fardeau élevé qui doit être

satisfait. Toutefois, pour les motifs qui précèdent, Genpharm s'est acquittée de ce fardeau et la requête est donc accueillie.

[21] Comme aucune observation n'a été présentée en ce qui concerne l'adjudication des dépens au cours de la plaidoirie, les parties sont invitées à résoudre la question des dépens entre elles. Si les parties ne peuvent le faire, la Cour adjugera les dépens et en fixera le montant. Genpharm peut présenter des observations écrites succinctes (ne comptant pas plus de deux pages) dans les 15 jours suivant la date de la présente ordonnance et Pfizer peut répondre (pas plus de deux pages) dans un délai supplémentaire de 15 jours.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. Les paragraphes 6 et 10 de l'avis de demande dans les présentes sont radiés sans autorisation de modification.
2. Les dépens de la requête sont réservés pour que les parties en conviennent ou pour être adjugés conformément aux présents motifs.

« Kevin R. Aalto »

Protonotaire chargé de la gestion de l'instance

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1118-09

INTITULÉ : PFIZER CANADA INC. ET EISAI CO., LTD.
c.
GENPHARM ULC, MYLAN
PHARMACEUTICLAS ULC ET
LE MINISTRE DE LA SANTÉ

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 14 avril 2010

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE
ET ORDONNANCE :** LE PROTONOTAIRE AALTO

DATE : Le 22 juin 2010

COMPARUTIONS :

Andrew Bernstein
Asma Faizi

POUR LES DEMANDERESSES

Dominique Hussey

POUR LES DÉFENDEURS

Melanie Baird

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

TORYS LLP

POUR LES DEMANDERESSES

Toronto (Ontario)

Bennett Jones LLP

POUR LES DÉFENDEURS

Toronto (Ontario)

Myles J. Kirvan, c.r.

Sous-procureur général du Canada