

Date : 20070510

Dossier : T-507-05

Référence : 2007 CF 506

Toronto (Ontario), le 10 mai 2007

EN PRÉSENCE DE MONSIEUR LE JUGE MOSLEY

ENTRE :

PFIZER CANADA INC. et WARNER-LAMBERT COMPANY, LLC

demandereses

et

LE MINISTRE DE LA SANTÉ et RANBAXY LABORATORIES LIMITED

défendeurs

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

[1] Il s'agit de l'appel d'une ordonnance rendue par un protonotaire en date du 12 avril 2007 refusant à Pfizer l'autorisation, suivant l'article 312 des Règles, de déposer l'affidavit complémentaire de M. Allan S. Myerson, daté du 5 avril 2007, dans le cadre de l'instance instituée en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS-93-133. La demande sous-jacente des demandereses découle des allégations contenues dans une lettre en date du 31 janvier 2005 que leur a envoyée l'avocat de Ranbaxy Laboratories Limited (lettre de Ranbaxy).

[2] En décembre 2006, la protonotaire Milczynski, responsable de la gestion de l'instance, a accordé à Pfizer l'autorisation de modifier son avis de demande dans le but d'ajouter des réponses aux allégations de Ranbaxy visant deux brevets canadiens, soit les brevets immatriculés 2,220,018 (le brevet 018) et 2,220,455 (le brevet 455). Ces réponses avaient initialement été incorporées à l'avis mais ont ensuite été supprimées au motif que suivant l'analyse que Pfizer a faite des renseignements déposés volontairement par Ranbaxy, la forme d'atorvastatine calcique pour laquelle Ranbaxy sollicitait un avis de conformité ne contreferaient pas les brevets 018 et 445. Dans une autre instance, Ranbaxy a produit des renseignements qui, après analyse, ont mené Pfizer à conclure qu'il y aurait de fait contrefaçon, d'où la requête en modification.

[3] En plus d'accorder l'autorisation de modifier l'avis de demande, la protonotaire Milczynski a annulé les audiences prévues en janvier, prolongé le sursis de 24 mois prévu à l'alinéa 7(1)e) du Règlement jusqu'au 26 octobre 2007 et établi un nouvel échéancier pour l'achèvement du reste des étapes procédurales. Selon le nouvel échéancier, la preuve devait être signifiée et déposée avant le 23 mars et les contre-interrogatoires achevés le 30 avril. L'audience au fond devait débiter le 25 juin 2007 et durer trois jours.

[4] Conformément au nouvel échéancier, le 5 février 2007, Pfizer a transmis cinq affidavits, dont l'un souscrit par M. Allan S. Myerson de Chicago, en Illinois. Ranbaxy a transmis les affidavits souscrits par trois témoins dont MM. Ian, Cunningham et Mark D. Hollingsworth le 23 mars 2007. Les dates de contre-interrogatoires ont été fixées de consentement au 30 mars, soit à

l'intérieur du délai fixé par la protonotaire. Le contre-interrogatoire de M. Myerson a été fixé au 13 avril à Chicago.

[5] L'affidavit de M. Hollingsworth présente les résultats des calculs qu'il a effectués en utilisant certains des résultats mentionnés dans l'affidavit de M. Myerson souscrit en février. L'affidavit de M. Cunningham fait état de ses opinions sur l'interprétation d'une phrase figurant dans les revendications du brevet 455.

[6] Le 5 avril, en fin de journée le jeudi précédent la fin de semaine du congé de Pâques, Pfizer a signifié et déposé une requête devant être présentée à Ottawa le 12 avril, sollicitant l'autorisation de déposer des éléments de preuve complémentaires de M. Myerson en réponse aux affidavits de MM. Hollingsworth et Cunningham, en vertu de l'article 312 des Règles de la Cour.

[7] En raison de la longueur du rôle des requête à Ottawa le 12 avril et du fait que le contre-interrogatoire de M. Myerson portant sur son premier affidavit devait se dérouler le lendemain à Chicago, la protonotaire Milczynski a entendu la requête par téléconférence, de Toronto. Elle a rendu sa décision et les motifs le même jour. Pour décider si l'autorisation de déposer des éléments de preuve complémentaires en vertu de l'article 312 des Règles devait être accordée, la protonotaire Milczynski a statué qu'il fallait appliquer un critère à quatre volets, à savoir :

- ces éléments de preuve serviront-ils les intérêts de la justice?
- ces éléments de preuve aideront-ils la Cour?

- l'accueil de la requête causera-t-il un préjudice grave à la partie adverse?
- les éléments de preuve étaient-ils disponibles et/ou était-il possible d'en prévoir la pertinence à une date antérieure? [Je souligne]

[8] Après avoir appliqué ces facteurs et avoir examiné l'affidavit en réponse de M. Myerson, la protonotaire Milczynski est arrivée à plusieurs conclusions. Premièrement, concernant la réponse proposée à la déposition de M. Hollingsworth, elle a conclu que l'affidavit en réponse consistait essentiellement en des commentaires ou des critiques sur la méthode utilisée par M. Hollingsworth. Bien que ces propos eussent pu aider la Cour devant entendre la demande, ils pouvaient également être examinés dans le cadre du contre-interrogatoire de M. Hollingsworth. Deuxièmement, concernant la réponse proposée à la déposition de M. Cunningham, la protonotaire a conclu que l'affidavit en réponse ne soulevait rien de nouveau ou aucun élément auquel on ne pouvait s'attendre. De plus, la question de l'interprétation des revendications relativement au brevet 455 était soulevée dans l'avis d'allégation.

Questions en litige

[9] La question centrale dont je suis saisi est de savoir si la protonotaire a commis une erreur en rejetant la requête en autorisation de Pfizer, de sorte que la Cour doive exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre de nouveau la cause suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), et repris dans *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488, au paragraphe 19 :

Le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants:

- a) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal,
- b) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits.

[10] On n'a pas laissé entendre que les questions soulevées dans la requête étaient déterminantes pour l'issue de l'affaire. Pfizer soutient que l'exercice du pouvoir discrétionnaire était fondé sur des principes erronés ou sur une mauvaise appréciation des faits en ce que la protonotaire :

- 1) a commis une erreur de droit en imposant une exigence de « prévisibilité » préalablement absente du critère applicable à la contre-preuve;
- 2) a commis une erreur en décidant que M. Myerson pouvait prévoir la preuve de MM. Hollingsworth et Cunningham étant donné son témoignage non contesté à l'appui de la requête à l'effet contraire;
- 3) a commis une erreur de droit en décidant que la question de l'« interprétation des revendications » abordée dans l'affidavit de M. Cunningham était soulevée dans la lettre de Ranbaxy.

Analyse

Le critère de la contre-preuve

[11] Pfizer soutient que suivant un principe bien établi, notre Cour utilise un critère « permissif » à trois volets pour le dépôt de la contre-preuve fondé sur les trois facteurs suivants initialement énoncés dans l'arrêt *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (C.F. 1^{re} inst.) :

l'intérêt de la justice, l'utilité pour la Cour et le préjudice subi par le défendeur. Pfizer ne conteste pas qu'elle aurait pu présenter la preuve de M. Myerson sur les points abordés dans les affidavits de MM. Hollingsworth et Cunningham dans son affidavit principal, mais elle fait valoir qu'elle n'avait aucune raison de le faire avant que les questions soulevées dans leurs dépositions ne se présentent.

[12] Pfizer expose également que l'exigence additionnelle posée par la protonotaire à savoir si les éléments de preuve étaient disponibles et/ou s'il était possible d'en prévoir la pertinence à une date antérieure, a été précisément rejetée par la Cour dans l'arrêt *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)* (2003), 29 C.P.R. (4th) 450, au paragraphe 20 [*Abbott Laboratories*].

[13] Dans l'arrêt *Abbott Laboratories*, la Cour était appelée à examiner l'argument selon lequel le critère restrictif applicable à l'admission d'une contre-preuve au procès, tel qu'énoncé dans *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2003 CFPI 141, au paragraphe 15, devait s'appliquer aux instances régies par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. La juge Elizabeth Heneghan a rejeté cette approche en indiquant que ces procédures se voulaient sommaires par nature et que le protonotaire responsable de leur gestion était investi d'un vaste pouvoir discrétionnaire. La juge Heneghan a noté que la protonotaire avait pris en compte les trois facteurs énoncés dans l'arrêt *Eli Lilly* en arrivant à sa décision d'autoriser la contre-preuve : *Abbott Laboratories*, précitée, au paragraphe 20.

[14] L'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Atlantic Engraving Ltd. c. LaPointe Rosenstein*, 2002 CAF 503 [*Atlantic Engraving*] permet manifestement l'ajout d'un quatrième élément à ce critère. La

Cour d'appel fédérale a cité la formule de l'arrêt *Eli Lilly*, au paragraphe 8 mais a ajouté le passage suivant au paragraphe 9 :

De plus, lorsqu'il sollicite l'autorisation de déposer des documents complémentaires, le demandeur doit démontrer que les éléments de preuve qu'il cherche à produire n'étaient pas disponibles avant le contre-interrogatoire relatif aux affidavits de la partie adverse. Une partie ne peut se servir de la règle 312 pour diviser sa cause et elle est tenue de présenter la meilleure preuve le plus tôt possible. [Renvois omis] [Je souligne]

[15] Les « quatre » volets du critère ont également été énoncés et appliqués par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Mazhero c. Canada (Industrial Relations Board)*, 2002 CAF 295, au paragraphe 5. La Cour a cité une décision dans laquelle le protonotaire Hargrave, interprétant l'article 312 des Règles qui venait alors d'être adopté, a déclaré :

Les nouvelles *Règles de la Cour fédérale* permettent le dépôt d'un affidavit et d'un dossier supplémentaires; cependant, cela ne doit être permis que dans un nombre restreint de cas et dans des circonstances exceptionnelles : en faisant autrement, on violerait l'esprit de l'instance de contrôle judiciaire, qui a été conçue en vue d'accorder rapidement une réparation par l'entremise d'une procédure sommaire. Bien que le **critère général** applicable au dépôt de tels documents supplémentaires soit de savoir si le fait de déposer de tels documents sera dans l'intérêt de la justice, aidera la Cour, et ne causera pas de préjudice grave à la partie adverse, **il est également important que tout affidavit ou dossier supplémentaire ne porte pas sur des documents qui auraient pu être communiqués à une date antérieure et ne retarde pas indûment l'instance.** [Je souligne]

(*Deigan c. Canada (Industrie)*, [1999] A.C.F. 304 (Prot.)(QL), conf. par [1999] A.C.F. 645 (1^{ère} inst.)(QL))

[16] En contestant la notion voulant que le critère de la preuve complémentaire sous le régime de l'article 312 comporte un quatrième élément, Pfizer présente les mêmes arguments que ceux qui ont été rejetés l'année dernière dans une affaire instruite par mon collègue le juge Max Teitelbaum :

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), 2006 CF 984. La défenderesse soutient que puisque Pfizer n'a pas porté cette décision en appel, la présente requête équivaut à une « contestation incidente » de la décision du juge Teitelbaum. Selon moi, il s'agit d'une conception erronée de l'affaire en ce que les instances sont distinctes. Cependant, à moins qu'on me convainque que les motifs de mon collègue sont clairement erronés, le principe de la courtoisie judiciaire donne à penser que je ne devrais pas déroger aux motifs du juge Teitelbaum : *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. 1430 (1^{ère} inst.) (QL); *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283.

[17] Comme dans l'affaire dont était saisi le juge Teitelbaum, Pfizer soutient qu'une distinction doit être faite d'avec la décision *Atlantic Engraving* pour deux motifs : premièrement, la Cour ne devrait appliquer ce qu'elle appelle l'exigence de la [TRADUCTION] « disponibilité en preuve principale » que lorsqu'une partie sollicite l'autorisation de déposer une contre-preuve après les contre-interrogatoires; deuxièmement, la décision *Atlantic Engraving* portait sur une affaire de marques de commerce alors que les instances régies par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* ont un caractère exceptionnel.

[18] Le juge Teitelbaum a conclu, aux paragraphes 19 à 21 de la décision de 2006, que rien dans les motifs de la Cour d'appel fédérale dans *Atlantic Engraving* ne donne à penser que cette décision s'appliquerait aux requêtes instituées en vertu de l'article 312 des Règles dans les instances régies par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. En outre, le juge Teitelbaum a clairement indiqué que le principe selon lequel une partie doit présenter la meilleure preuve possible

à la première occasion et ne doit pas diviser sa cause ne se limite pas aux cas où les contre-interrogatoires ont déjà eu lieu. Cette interprétation était conforme, a-t-il conclu, à la volonté du législateur, à savoir que ces instances soient de nature sommaire et expéditive.

[19] Je partage l'opinion du juge Teitelbaum et je souscris aux motifs qu'il a prononcés.

Les éléments de preuve de la défenderesse étaient-ils prévisibles?

[20] Pfizer soutient que la protonotaire a fondé sa décision sur une mauvaise interprétation des faits étant donné la preuve non contredite dont elle était saisie, exposée par M. Myerson dans son affidavit en date du 5 avril 2007, selon laquelle il ne pouvait pas prévoir les éléments de preuve présentés dans les affidavits de MM. Hollingsworth et Cunningham, et ce, pour plusieurs raisons. J'examinerai l'affidavit de M. Cunningham au point suivant.

[21] Monsieur Myerson déclare qu'il n'aurait pu prévoir les calculs élaborés de M. Hollingsworth [TRADUCTION] « basés sur des cellules unités obtenus de [ses] résultats d'indexation [...] parce que mon analyse était et demeure suffisante pour conclure que les échantillons de Ranbaxy contiennent des formes cristallines d'atorvastatine ». Monsieur Myerson a fait valoir plusieurs autres motifs de désaccord avec la déposition de M. Hollingsworth mais cette déclaration constitue véritablement le noeud du litige. Même si la protonotaire Milczynski convenait que la déposition de M. Myerson pouvait aider la Cour, elle a conclu que ces points pouvaient également être examinés dans le cadre du contre-interrogatoire de M. Hollingsworth.

[22] Pfizer renvoie à l'aphorisme voulant que « le contre-interrogatoire ne remplace pas la preuve ». Bien que ceci puisse être vrai dans plusieurs cas, cela ne répond pas de façon satisfaisante à la question de savoir pourquoi la déposition de M. Hollingsworth ne pouvait être prévue. Le fait que M. Myerson ne croyait pas nécessaire de procéder à la même analyse ne constitue pas, selon moi, une contre-preuve appropriée mais une preuve complémentaire à son affidavit antérieur.

[23] L'ordonnance de la protonotaire Milczynski mentionne qu'elle a examiné l'affidavit pour lequel l'autorisation était demandée. Ce faisant, elle a pu bénéficier des connaissances qu'elle a acquises pendant plusieurs mois où elle était chargée de la gestion de l'instance. Il lui était, selon moi, raisonnablement loisible de tirer les conclusions qu'elle a tirées à partir de la preuve soumise de même que celle préalablement déposée, relativement à la preuve proposée en réponse à l'affidavit de M. Hollingsworth. La demanderesse n'a pas démontré que la protonotaire a fondé sa décision sur une mauvaise appréciation des faits et que celle-ci était entachée d'erreur flagrante.

L'interprétation des revendication était-elle une question en litige?

[24] En ce qui concerne l'opinion de M. Cunningham sur l'interprétation de la phrase [TRADUCTION] « enlever le solvant pour obtenir [...] l'atorvastatine sous forme amorphe » qui se retrouve dans les revendications du brevet 455, M. Myerson déclare qu'il n'a pas commenté cette phrase dans son premier affidavit parce que la lettre de Ranbazy ne soulevait pas cette question. Monsieur Cunningham déclare que selon la lecture qu'il fait des revendications, le brevet 455 se

limite aux techniques d'évaporation, ce que M. Myerson conteste en disant que les solvants peuvent être enlevés par d'autres moyens, notamment par précipitation et filtration ou par séchage.

[25] La protonotaire Milczynski a conclu que la question de l'interprétation des revendications du brevet 455 était soulevée dans l'avis d'allégation. Pfizer soutient qu'elle a commis une erreur de droit en concluant ainsi étant donné qu'il n'y a pas de débat sur la phrase dans la lettre de Ranbaxy ni d'indice donnant à penser que celle-ci s'appuierait sur le fait que son procédé ne comportait pas de phase d'évaporation.

[26] Ranbaxy fait valoir qu'il est évident qu'une allégation de non-contrefaçon suppose l'interprétation des revendications : *Whirlpool Corp. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S.1067, 2000 CSC 67, au paragraphe 43. Par conséquent, la défenderesse soutient qu'il incombait à M. Myerson, dans son premier affidavit, d'interpréter correctement les revendications du brevet 455. De plus, Ranbaxy affirme que la question est clairement mentionnée dans les parties de l'avis d'allégation qui décrivent les revendications relatives au procédé du brevet 455.

[27] Il est bien établi en droit que la première tâche des juges des requêtes en matière de brevet, y compris dans les instances régies par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* est d'interpréter les revendications. À mon sens toutefois, cela ne veut pas dire qu'une simple assertion de non-contrefaçon suffit à soulever la question de l'interprétation des revendications. Le critère de la suffisance consiste à déterminer si l'énoncé détaillé contient assez de renseignements pour informer pleinement le breveté des raisons pour lesquelles le fabricant de

médicaments génériques prétend que le brevet pertinent ne serait pas contrefait advenant la délivrance d'un avis de conformité par le ministre : *Novopharm Ltd. c. Pfizer Canada Inc. et al.*, 2005 CAF 270, au paragraphe 4. Cela doit comprendre une description adéquate de tout motif fondé sur l'interprétation des revendications.

[28] J'ai lu les parties de l'avis d'allégation sur lesquelles Ranbaxy a attiré mon attention à maintes reprises et je suis incapable de voir en quoi elles cernent la question qu'a soulevée M. Cunningham dans son interprétation de la phrase contestée. Par conséquent, je suis convaincu que la protonotaire a commis une erreur de droit en décidant que la question de l'« interprétation des revendications » examinée dans l'affidavit de M. Cunningham était soulevée dans la lettre de Ranbaxy.

[29] En examinant l'affaire *de novo*, je suis convaincu que les paragraphes de l'affidavit de M. Myerson du 5 avril faisant référence à la déposition de M. Cunningham sur l'interprétation des revendications satisfont au critère applicable au dépôt d'éléments de preuve complémentaires suivant l'article 312 des Règles. La réception de cette preuve servira l'intérêt de la justice et aidera la Cour à rendre sa décision définitive, comme l'a conclu la protonotaire Milczynski. Je ne dispose d'aucun élément de preuve ni d'observations établissant que la défenderesse subira un préjudice important ou grave et en ce qui a trait à la quatrième exigence, vu les conclusions que j'ai tirées aux paragraphes précédents, la pertinence de la preuve ne pouvait être prévue à une date antérieure.

[30] Par conséquent, j'autoriserai le dépôt des paragraphes 18 à 25 inclusivement de l'affidavit de M. Myerson en ce qu'ils portent sur la déposition de M. Cunningham. Les paragraphes 2 à 17 inclusivement de l'affidavit seront radiés car ils font référence à la déposition de M. Hollingsworth . Même si les résultats sont quelque peu mitigés, vu le contexte de la présente affaire et le fait que Ranbaxy a mieux réussi en appel, les dépens de la requête en appel et en première instance sont payables à la défenderesse, quelle que soit l'issue de la cause.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. L'appel des demandresses à l'encontre de l'ordonnance rendue par la protonotaire Milczynski en date du 12 avril 2007 est accueilli en partie.

2. Les paragraphes 18 à 25 inclusivement de l'affidavit de M. Allan S. Myerson en date du 5 avril 2007 peuvent être déposés en tant qu'éléments de preuve complémentaires en vertu de l'article 312 des Règles.

3. Les paragraphes 2 à 17 inclusivement de l'affidavit de M. Myerson en date du 5 avril 2007 devront être radiés avant le dépôt.

4. Les dépens de la présente requête en appel et en première instance sont payables à la défenderesse, quelque soit l'issue de la cause.

« Richard G. Mosley »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-507-05

INTITULÉ : PFIZER CANADA INC. ET AL.
c. LE MINISTRE DE LA SANTÉ ET AL.

LIEU DE L'AUDIENCE : Toronto (Ontario)

DATE DE L'AUDIENCE : le 7 mai 2007

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE
ET ORDONNANCE :** Le juge Mosley

DATE DES MOTIFS : Le 10 mai 2007

COMPARUTIONS :

Peter R. Wilcox
Vincent M. De Grandpre
David M. Reive

POUR LA DEMANDERESSE

POUR LA DÉFENDERESSE
RANBAXY LABORATORIES LIMITED

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Torys LLP
Toronto (Ontario)

POUR LA DEMANDERESSE

Dimock Stratton LLP
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE
RANBAXY LABORATORIES LIMITED