

**Date : 20071023**

**Dossier : T-1836-06**

**Référence : 2007 CF 1095**

**ENTRE :**

**ALTANA PHARMA INC. et  
ALTANA PHARMA AG**

**demandereses**

**et**

**NOVOPHARM LIMITED et  
LE MINISTRE DE LA SANTÉ**

**défendeurs**

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE**

**LE JUGE PHELAN**

**I. INTRODUCTION**

[1] Il s'agit d'un appel et d'un appel incident relatifs à une ordonnance d'une protonotaire où la question fondamentale consiste à savoir si une partie peut, sans la permission de la Cour, appeler cinq témoins experts « par question » dans une affaire ou cinq experts « par affaire » aux termes de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (la LPC).

L'instance en question est une « procédure relative à un avis de conformité », introduite sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le

Règlement). La présente affaire requiert un examen de la jurisprudence de la Cour concernant l'article 7 de la LPC.

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.

7. Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without the leave of the court or judge or person presiding.

[2] Pour les motifs exposés, la Cour a conclu que l'article 7 n'autorise que cinq experts pour chaque partie à un procès ou à une autre procédure sans avoir à demander la permission du tribunal pour majorer le nombre d'experts à appeler ou s'il y a des éléments de preuve sur lesquels il est possible de se fonder.

## II. LE CONTEXTE

[3] Le 5 septembre 2006, Novopharm Limited (Novopharm) a déposé un prétendu avis d'allégation concernant Altana Pharma Inc. et Altana Pharma AG (Altana). Les brevets en question sont les brevets canadiens portant les numéros 2 089 748 et 2 092 694.

[4] Dans le cadre de la procédure relative à l'avis de conformité, Altana a signifié à Novopharm des affidavits provenant de treize témoins experts et de deux témoins de fait. Avant de déposer ces affidavits d'expert, Altana n'a pas demandé la permission de la Cour, comme le prévoit l'article 7 de la LPC.

[5] Novopharm a présenté une requête à la protonotaire en vue d'obtenir une ordonnance prescrivant qu'Altana se conforme à la règle des cinq témoins par affaire qu'impose, soutient-elle, l'article 7 de la LPC. Altana a nié avoir contrevenu à cet article mais elle a demandé, par la voie d'une requête incidente, l'autorisation de déposer l'ensemble de la preuve d'expert produite s'il était conclu qu'il fallait obtenir la permission du tribunal.

[6] La protonotaire a souscrit à l'argument de la défenderesse Novopharm selon lequel il convient d'interpréter l'article 7 comme limitant chaque partie à cinq témoins experts, indépendamment du nombre de questions exigeant une preuve d'expert. Cependant, la protonotaire a estimé qu'elle était liée par la décision rendue dans l'affaire *Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1511 (Merck 2003), laquelle conclut, à son avis, que l'article 7 limite une partie ou un côté à cinq experts par question à moins d'obtenir la permission de la Cour. Elle a exposé le problème en termes succincts :

[TRADUCTION]

Je suis donc clairement tenue d'interpréter l'article 7 comme s'appliquant aux questions en litige de l'espèce; la défenderesse devra soumettre son argument relatif à cette affaire à un juge de la Cour ou à la Cour d'appel.

[7] Ayant tiré cette conclusion juridique de principe en faveur d'Altana, la protonotaire a ensuite examiné combien de questions comportait l'affaire et s'il fallait appliquer à chacune la règle des « cinq témoins experts par question ». En rejetant la demande de permission d'Altana pour admettre plus de cinq témoins experts par question, la protonotaire a conclu qu'Altana ne pouvait pas se fonder sur plus de cinq des onze affidavits d'experts déposés et, ensuite, ayant reconnu que, sur ces onze affidavits, deux en particulier étaient nécessaires, elle a ordonné à Altana de choisir dans les cinq jours suivants les trois autres affidavits sur lesquels elle se fonderait.

[8] Dans la décision Merck 2003 à laquelle la protonotaire a fait référence, la Cour a statué que la même protonotaire avait commis une erreur de droit en faisant abstraction de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 371 (Eli Lilly 1997), une décision de la juge Reed, et dans l'affaire *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex* (4 septembre 2003) Ottawa T-867-02 (C.F.) (GlaxoSmith 2003), une décision du juge Pinard. La décision Eli Lilly 1997 a été confirmée en appel sans qu'il soit fait référence à la question relative à l'article 7. C'est donc dire que les seules décisions de fond sur cette affaire sont celles de la Cour.

[9] Les deux parties ont porté en appel la décision de la protonotaire : Novopharm pour limiter Altana à cinq experts par affaire, Altana pour obtenir la permission de se fonder sur plus de cinq experts par question.

### III. ANALYSE JURIDIQUE

[10] Comme il a été dit plus tôt, la question fondamentale ne consiste pas réellement à savoir si la protonotaire est liée par la jurisprudence de la Cour – il est évident qu'elle l'est. La question fondamentale consiste plutôt à savoir si la Cour a déterminé son interprétation de l'article 7 de la LPC et, dans l'affirmative, s'il faudrait la réviser.

[11] Pour ce qui est de la norme de contrôle applicable, comme il est indiqué dans l'arrêt *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488, la Cour contrôlera *de novo* une décision discrétionnaire d'un protonotaire lorsque :

- a) l'ordonnance porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal; ou
- 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.

Pour ce qui est de la question d'une erreur de droit, la norme, comme il est mentionné dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, est la décision correcte.

[12] La décision de la protonotaire portait à la fois sur une question de droit et sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire était teinté par ce que la protonotaire a considéré, de façon tout à fait raisonnable, comme étant le principe tiré de *Merck 2003*, à savoir que chaque côté avait droit à cinq experts par question. La manière

dont elle est arrivée à sa conclusion, quant aux témoins sur lesquels il était possible de se fonder, a été influencée par sa conception de l'application de l'article 7.

[13] De ce fait, dans la mesure où cela est nécessaire en l'espèce, la Cour examinera *de novo* la décision de la protonotaire et le principe de droit en cause suivant la norme de la décision correcte.

A. La jurisprudence de la Cour

[14] La question de droit sur laquelle porte le présent appel trouve sa source dans la décision que la juge Reed a rendue dans l'affaire Eli Lilly 1997. Cependant, la décision à laquelle la protonotaire a fait référence est Merck 2003. La juge Heneghan a considéré comme faisant partie de la jurisprudence établie, en s'appuyant sur les décisions Eli Lilly 1997 et GlaxoSmith 2003, que la Cour avait conclu que chaque partie était en droit de se fonder sur cinq experts par question dans chaque affaire. Ayant accepté cette prémisse, la Cour a plus particulièrement axé son attention sur la capacité d'un protonotaire de s'écarter d'une jurisprudence présumée, plutôt que sur un examen approfondi de cette jurisprudence.

[15] Dans la décision GlaxoSmith 2003 - une décision non publiée du juge Pinard, rendue trois mois avant la décision Merck 2003 - le redressement demandé était une ordonnance radiant les affidavits d'Apotex qui excédaient le nombre autorisé à l'article 7 de la LPC. La requête a été rejetée pour les motifs suivants :

- les demanderesses avaient tardé de manière déraisonnable à déposer cette requête;

- la requête était prématurée, car on aurait dû laisser au juge instruisant la demande principale le soin de trancher la question de la radiation des affidavits;
- les procédures relatives à un avis de conformité doivent être jugées rapidement;
- [TRADUCTION] « [e]n tout état de cause, il n'est pas clair ni évident à mes yeux que la preuve signifiée et déposée par la défenderesse Apotex Inc. comprend, à l'égard de n'importe quelle question, plus de cinq experts ». La Cour a ensuite cité la décision *Eli Lilly 1997*, aux pages 411 et 412.

[16] Il peut avoir été présumé dans la décision *GlaxoSmith 2003* que la règle était de cinq experts par question, mais il n'y a pas eu de conclusion précise sur ce point. Comme nous le verrons, le renvoi à cette partie de la décision *Eli Lilly 2003* ne constitue pas une décision claire et sans équivoque sur ce point.

[17] Dans la décision *Eli Lilly 1997*, la juge Reed était saisie d'une action visant à mettre fin à la mise en marché de la version générique du PROZAC. L'action était fondée sur une question de commercialisation trompeuse. Fait important, la décision mettait en cause trois affaires opposant, dans chacune, une demanderesse unique et une défenderesse distincte. Résultat, la décision visait une demanderesse et trois défenderesses. La question de savoir le nombre de « côtés » qu'il y avait est cruciale pour comprendre la décision de la juge Reed sur l'article 7.

[18] Dans sa décision, la juge Reed a fait quelques commentaires sur deux décisions rendues au cours de l'instruction, dont une liée à l'article 7. En traitant de la complexité que présentait le

fait d'instruire trois actions reposant sur une preuve commune, la juge Reed a fait des commentaires sur ce qu'elle pensait être, à cette époque, l'état du droit au sujet de l'article 7 – que l'article 7 ne faisait référence qu'aux opinions d'expert (faisant vraisemblablement abstraction d'autres types de preuves d'opinion) et qu'il limitait à cinq le nombre de témoins par sujet ou par question de fait soulevés dans une affaire, et non à cinq témoins en tout.

[19] Le passage important est le suivant :

[...] L'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit :

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.

En l'espèce, trois actions ont été inscrites au rôle pour être entendues en même temps, sur preuve commune. Ces actions n'ont pas été fusionnées, mais M<sup>e</sup> Radomski, en sa qualité de procureur d'Apotex et de Nu-Pharm, a procédé essentiellement, par rapport à ses clientes, comme si elles l'avaient été. L'article 7 a été interprété comme ne s'intéressant qu'aux témoignages d'opinion d'expert et comme limitant à cinq le nombre [de] témoins par sujet ou par question de fait soulevés dans une cause, non à cinq témoins au total (*Buttrum c. Udell*, [1925] 3 D.L.R. 45 (C.A. Ont.), *Re Scamen and Canadian Northern Railway Company* (1912), 6 D.L.R. 142 (C.S. Alb. en banc), *Fagnan c. Ure* [1958] R.C.S. 377, *Hamilton v. Brusnyk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600 (C.S. Alb.), *R. c. Morin*, [1991] A.O. n<sup>o</sup> 2528, *B.C. Pea Growers Ltd. c. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713 (C.B.R. Man.)).

[Non souligné dans l'original.]

[20] En examinant l'interprétation de l'article 7, la juge Reed s'est fondée sur les décisions *Buttrum, Scamen, Fagnan, Hamilton, Morin* ainsi que sur la décision *Pea Growers* rendue en première instance. Dans la décision relative à la gestion d'instance qu'il a rendue dans l'affaire *Eli Lilly & Company et Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 1041 (Eli Lilly 2007), le juge Hughes a fait remarquer que dans les affaires citées par la juge Reed, celle-ci n'avait manifestement pas en main la décision rendue par la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *B.C. Pea Growers Ltd. c. City of Portage La Prairie* (1964), 49 D.L.R. (2d) 91, qui faisait effectivement référence au jugement de première instance mentionné par la juge Reed.

[21] Ceci étant dit avec la plus grande déférence, ces six décisions n'étaient pas la conception qu'avait la juge Reed quant à l'état de l'interprétation de l'article 7. Au moins une de ces décisions avait été annulée en appel – un point qui, s'il avait été porté à son attention, aurait influencé son opinion quant à l'état du droit.

[22] Dans l'arrêt *Buttrum*, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné l'article 12 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario et a statué que cette disposition limitait le nombre d'experts à trois témoins par partie, indépendamment du nombre de questions nécessitant une preuve d'expert.

L'article 12 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, tel qu'examiné dans cette affaire, est semblable à l'article 7 de la LPC.

12. Lorsqu'une partie se propose d'interroger des témoins qui sont autorisés, par la loi ou la pratique, à faire un témoignage d'opinion, chaque côté ne peut appeler plus de trois témoins à ce titre sans la permission du juge ou de la personne qui préside.

[23] Selon l'arrêt *Buttrum*, cette disposition limitait une partie, sans permission, à trois témoins experts en tout, plutôt que par question.

[24] Dans les arrêts *Scamen* et *Fagnan*, la Cour suprême de l'Alberta et la Cour suprême du Canada, respectivement, avaient à interpréter l'article 10 de l'*Evidence Act* de l'Alberta, 1910, 2<sup>nd</sup> Sess., C. 3. Le texte de cette disposition était le suivant :

[TRADUCTION]

10. Lorsqu'une partie se propose d'interroger des témoins qui sont autorisés par la loi ou la pratique à faire un témoignage d'opinion, chaque côté ne peut appeler plus de trois témoins à ce titre.

[25] La distinction cruciale que l'on relève entre le libellé de la loi albertaine et celui de la loi fédérale et de la loi ontarienne est l'absence de tout pouvoir discrétionnaire des tribunaux de permettre un nombre supérieur de témoins. Face à une disposition manifestement peu pratique et inapplicable qui créerait un « effet néfaste », les tribunaux ont eu recours à une interprétation qui évitait l'effet néfaste en question ainsi que la rigidité inapplicable de la disposition.

[26] Dans la décision *Hamilton*, la Cour suprême de l'Alberta n'a pu que suivre les arrêts *Scamen* et *Fagnan*.

[27] La loi albertaine fait nettement contraste avec celle du Manitoba, de l'Ontario et du Canada. Au Manitoba et en Ontario, les tribunaux ont reconnu que l'arrêt *Fagnan* interprétait la loi albertaine de façon large parce qu'il n'y était pas prévu que le tribunal puisse donner la

permission de produire des éléments de preuve d'expert additionnels. Ce fait a été reconnu par le juge Farley, dans la décision *Bank of America Canada c. Mutual Trust* (1998), 39 O.R. (3d) 134, aux pages 137 et 138 :

[TRADUCTION]

À mon avis, l'approche suivie dans les arrêts *B.C. Pea* et *Buttrum* est préférable à celle qui a été suivie dans l'arrêt *Scamen*, précité, telle qu'interprétée dans l'arrêt *Fagnan*. Il est clair que dans ces deux dernières affaires, les tribunaux ont jugé nécessaire d'interpréter de manière large la disposition de l'*Evidence Act* de l'Alberta car cette disposition ne prévoyait rien en matière de permission. Si la loi albertaine avait comporté la possibilité de permettre qu'il y ait un nombre additionnel d'experts, à la condition d'en démontrer la nécessité, il n'y aurait pas eu de problème dans ce cas pour protéger par ailleurs les intérêts de la justice. En fait, au même moment où la Cour suprême du Canada tranchait l'affaire *Fagnan*, la loi albertaine a été modifiée de façon à y intégrer les mots suivants :

[...] sans la permission du tribunal, laquelle doit être demandée avant d'interroger ces témoins.

[Non souligné dans l'original.]

Cette modification a réglé le problème qu'auraient posé les affaires ultérieures en Alberta; cependant, il ne serait pas approprié d'étendre à l'Ontario le redressement appliqué en Alberta avant la modification, car la loi ontarienne a toujours comporté la mesure de protection que représente la permission du tribunal. Il faudrait reléguer les arrêts *Scamen* et *Fagnan* au rayon des curiosités en tant qu'affaires obsolètes qui étaient nécessaires pour rectifier une excentricité historique de la loi albertaine qui était en vigueur à l'époque.

[28] Enfin, dans la décision *Morin*, le ministère public demandait [TRADUCTION] « la permission d'appeler plus de cinq témoins experts au nouveau procès ». La Cour a mentionné que le ministère public avait attiré l'attention sur l'arrêt *Fagnan* mais elle n'a rien dit sur cette

affaire ou sur son application à l'article 7 de la LPC. La Cour a simplement déclaré qu'au vu des éléments de preuve présentés et des observations formulées, elle était convaincue qu'il était raisonnable d'appeler les témoins additionnels et la permission demandée a été accordée.

[29] La décision *Morin* n'a donc aucune valeur jurisprudentielle en rapport avec l'article 7, car cette disposition n'y est pas interprétée.

[30] Sur les six décisions auxquelles renvoie la juge Reed, trois ont trait à la disposition nettement différente de la loi albertaine, une n'interprète pas l'article 7 et deux (l'arrêt *Buttrum* et l'arrêt d'appel dans l'affaire *Pea Growers*) vont à l'encontre de la conception qu'avait la juge Reed. La conception de cette dernière aurait sans nul doute été différente si elle avait eu en main le jugement rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Pea Growers*.

[31] Un autre aspect relevé dans la décision *Eli Lilly* 1997 est que la question du nombre de témoins « par question », par opposition au nombre « par affaire », ne constitue pas l'élément central de ce qui était une décision interlocutoire rendue au cours de l'instruction. L'extrait suivant révèle la préoccupation de fond qu'avait la juge Reed quant au sens du mot « côtés », tel qu'appliqué au mot « parties ». Elle dit même que le résultat d'une interprétation du droit à cinq experts par question est « plutôt illogique »:

Avant que l'avocat des défenderesses n'appelle un de ses témoins experts, l'avocat des demanderesses s'est inquiété parce qu'il lui semblait que les défenderesses entendaient citer plus que cinq témoins par « côté » sur une question de fait (plus particulièrement pour critiquer la preuve apportée par l'étude du D<sup>r</sup> Heeler). Une version révisée des motifs rendus oralement par la Cour à ce sujet a

été versée au dossier. En résumé, les conclusions de ces motifs sont les suivantes : l'article 7 ne s'applique pas à un cas où des actions distinctes sont entendues simultanément; la Cour n'a trouvé aucune jurisprudence portant sur le sens à donner à « côté »; le fait d'interpréter le mot « côté » comme synonyme de partie conduirait au résultat plutôt illogique selon lequel les trois défenderesses pourraient appeler quinze témoins et les deux demanderesses, constituant des parties distinctes dans les trois actions, pourraient en appeler trente *sur chaque question de fait* . Idéalement, si quelqu'un y avait pensé à ce moment-là, il aurait fallu trancher cette question quand les parties ont demandé que les trois actions soient inscrites au rôle pour être entendues en même temps.

[32] Toute la question du nombre des témoins a finalement été tranchée sur le fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

[33] À mon avis, la juge Reed a procédé selon l'hypothèse que le poids de la jurisprudence tendait vers « cinq experts par question de fait » et elle a ensuite tranché la question, non pas en procédant à une analyse fouillée du droit ou en approuvant le principe de manière claire et nette, mais en exerçant son pouvoir discrétionnaire de façon pragmatique en plein milieu d'un procès.

[34] C'est sur cette approbation quelque peu nuancée du principe des « cinq experts par question » que la Cour s'est fondée jusqu'ici.

B. La courtoisie judiciaire

[35] Les parties ont débattu la question de savoir si la Cour est liée par les décisions antérieures qui découlent de celle de la juge Reed. Altana est d'avis que la courtoisie judiciaire oblige la Cour à continuer d'appliquer l'interprétation actuelle de l'article 7.

[36] Dans la décision *Holmes c. Jarrett* (1993), 68 O.R. (3d) 667, aux pages 673 à 677 (Div. gén.), le juge Granger a procédé à une analyse approfondie de l'application du principe du *stare decisis* en rapport avec les jugements du même tribunal. Il a conclu qu'il n'irait à l'encontre d'un jugement d'un autre juge de son propre tribunal que si :

- a) des décisions ultérieures ont remis en question la validité du jugement contesté;
- b) il est considéré qu'un élément jurisprudentiel ayant force obligatoire ou une loi pertinente n'ont pas été pris en considération;
- c) le jugement a été rendu sans délibéré, un jugement *nisi prius* rendu dans des circonstances que connaissent tous les juges de première instance, là où les exigences du procès sont telles que le juge doit rendre sa décision sur-le-champ sans avoir l'occasion de consulter en détail la jurisprudence.

[37] Pour des raisons analysées à la section précédente, la décision *Eli Lilly* 1997 comportait des éléments des points a) et c) susmentionnés, parce que la juge n'avait pas été renvoyée à l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Pea Growers* et que l'interprétation en question avait été faite au milieu d'un procès dans lequel la question particulière n'était pas celle dont la Cour est directement saisie.

[38] Bien qu'il ne s'agisse pas d'éléments jurisprudentiels à caractère strictement obligatoire qui correspondent à la situation b) dont a fait état le juge Granger et qui justifieraient que l'on ne se conforme pas à une décision antérieure d'un tribunal, des commentaires plus récents, émanant de la Cour suprême, décrivent l'effet néfaste que vise l'article 7 et ils auraient vraisemblablement influencé la juge Reed (qui a reconnu, à la page 412, le résultat illogique que l'on obtiendrait si chacune des parties pouvait disposer du nombre maximal d'experts pour chaque question).

[39] Dans l'arrêt *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, une affaire portant en partie sur la preuve d'expert, la Cour suprême a précisé, au paragraphe 56, le problème que pose la prolifération des opinions d'expert :

[...] la preuve d'expert exige un temps considérable et est onéreuse. Les litiges modernes ont causé une prolifération d'opinions d'expert de valeur douteuse. On n'insistera jamais assez sur l'importance des coûts pour les parties et le fardeau qui pèse lourdement sur les ressources judiciaires. Lorsqu'on laisse le champ libre à l'admission de la preuve d'expert, le procès a tendance à dégénérer en « un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter » [...].

[40] Enfin, pour ce qui est du caractère obligatoire de la décision *Eli Lilly* 1997, le juge Décary, dans la décision *R. c. Phoenix Assurance Co.*, [1976] 2 C.F. 649 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 17, a statué que le principe du *stare decisis* ne s'applique pas entre juges d'un même tribunal :

[...] Il ne peut s'agir, entre juges d'un même banc, d'un *stare decisis*. Il peut être question de collégialité en autant que les faits soient identiques ou, du moins, aient une ressemblance telle que l'on ne peut ignorer la décision.

[41] L'arrêt rendu dans l'affaire *Cooper c. Molsons Bank*, [1896] 26 R.C.S. 611, sur lequel Altana s'est fondée, se distingue d'avec la présente espèce car le jugement concerne les tribunaux de juridiction équivalente, et non les juges d'un même tribunal. L'approche plus moderne est celle qu'a exposée le juge Décary.

[42] À mon avis, la décision rendue dans l'affaire *Eli Lilly 1997*, dans son contexte, n'a pas été aussi loin qu'on l'a présumé dans des jugements ultérieurs de la Cour. Par ailleurs, la juge Reed n'était pas au courant que l'une des décisions clés dont elle s'inspirait pour former sa conception de l'état général du droit avait été infirmée. D'autres tribunaux ont plus tard adopté une opinion différente de celle de la juge Reed sur l'article 7 et la Cour suprême a, depuis ce temps, fait état de manière plus claire d'une préoccupation à l'égard de la preuve d'expert dont la juge n'a traité que brièvement.

[43] Il convient donc que la Cour examine de manière plus directe l'article 7 dans le contexte de la jurisprudence récente.

### C. L'article 7 – interprétation

[44] Même si les problèmes que suscite l'interprétation de l'article 7 se sont posés tout récemment à la Cour dans le contexte des procédures relatives à un avis de conformité ou d'autres affaires intéressant la propriété intellectuelle, l'application de cette disposition repose

sur une base nettement plus large. Les problèmes inhérents au processus des avis de conformité ne peuvent pas régir l'interprétation de cet article, même s'ils font ressortir l'effet néfaste sur lequel il est axé. Il y a d'autres affaires de nature civile et pénale qui peuvent comporter des questions et des sous-questions aussi complexes et diversifiées auxquelles une preuve d'opinion semble convenir.

[45] Le point de départ de l'analyse de l'article 7 est, comme pour toutes les lois,

l'article 12 de la *Loi d'interprétation* :

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[46] Si l'on aborde l'article 7 sous l'angle de l'objet visé, il est évident qu'il est destiné à limiter le nombre d'experts que l'on peut appeler. La première limite cruciale est que cette disposition s'applique aux procès ou à d'autres procédures; la seconde limite cruciale est la restriction numérique absolue de cinq.

[47] Par conséquent, si l'article a pour objet de restreindre le nombre des témoins experts, il ne faudrait généralement pas que les tribunaux interprètent cette disposition d'une manière qui étende cette limite.

[48] Dans l'arrêt *Scamen*, la Cour suprême de l'Alberta a dû s'écarter de cette règle habituelle en raison de la rigidité de l'*Evidence Act* de cette province, qui ne conférait pas à ce tribunal le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre des experts, quelles que soient les circonstances de l'affaire. Le juge Farley a dit la même chose dans la décision *Bank of America Canada*, précitée :

[TRADUCTION]

Si la loi de l'Alberta avait comporté la possibilité de permettre qu'il y ait un nombre additionnel d'experts, à la condition d'en démontrer la nécessité, il n'y aurait pas eu de problème dans ce cas pour protéger par ailleurs les intérêts de la justice. En fait, au même moment où la Cour suprême du Canada tranchait l'affaire *Fagnan*, la loi albertaine a été modifiée de façon à y intégrer les mots suivants : « [...] sans la permission du tribunal, laquelle doit être demandée avant d'interroger ces témoins ».

[49] La LPC, à l'instar des lois comparables en vigueur dans des provinces telles que le Manitoba et l'Ontario, confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre des experts. Il ne serait pas conforme à l'intention générale de la disposition d'étendre la restriction en y lisant implicitement les mots « par question » et de conférer également au tribunal le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre d'experts qu'exige la justice.

[50] L'interprétation fondée sur l'objet visé d'une disposition est étayée par une analyse du sens ordinaire de son libellé. Dans la disposition en question, le mot « questions » n'est pas mentionné. Le libellé prescrit clairement cinq experts par partie ou côté par affaire, surtout si on lit la disposition en isolant les aspects pertinents :

**Lorsque que, dans un** procès ou **[une] autre** ~~procédure pénale ou civile,~~  
le poursuivant ou la défense, ou **toute autre partie, se propose**  
**d'interroger comme témoins des experts** professionnels ou autres

**autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.**

[51] Il est par ailleurs utile de comparer d'autres dispositions semblables, car le problème, semble-t-il, est le même dans tout le Canada. Dans l'arrêt *Pea Growers*, précité, aux pages 97 et 98, la Cour d'appel du Manitoba a comparé les dispositions de l'Alberta et du Manitoba qui limitent le nombre des témoins experts et elle a signalé que la disposition albertaine :

[TRADUCTION]

[...] ne prévoyait pas la possibilité de citer plus de trois témoins experts [« d'un côté ou de l'autre »], tandis que la loi manitobaine prévoit la possibilité d'en citer plus que trois avec la permission de la Cour. L'une était un texte très strict qui visait à éviter que l'on abuse du recours à des experts, mais elle ne permettait aucunement d'en citer plus que trois quand la justice l'exigeait.

[52] Dans *Buttrum c. Udell* (1925), 57 O.L.R. 97 (C.A.), la Cour d'appel de l'Ontario a examiné une disposition semblable et a déclaré ce qui suit, au paragraphe 10 :

[TRADUCTION]

[...] il vaut mieux limiter à trois de chaque côté le nombre des témoins experts entendus au cours d'un procès, sous réserve de l'autorisation du tribunal d'en appeler d'autres à la barre, que de le limiter seulement en fonction du nombre de questions de fait qui sont soulevées pendant l'instance ou qui, selon les prétentions raisonnables de l'avocat, pourraient l'être. Si cette dernière interprétation était retenue [...] la loi serait sans effet ou accroîtrait la difficulté, le coût et la durée de l'instance.

[53] Seul le Nouveau-Brunswick limite explicitement le nombre d'experts auxquels il est possible de recourir par question. Il est instructif de constater que cette province l'a fait en recourant à un libellé précis, plutôt qu'en lisant implicitement ces mots dans la loi, comme il a fallu le faire en Alberta.

[54] Le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve a lui aussi étudié ce problème commun. Il a fait remarquer, à la page 113 de son rapport, que, sans les restrictions prévues par la loi au nombre des témoins experts, un juge, dans une instance pénale, n'a aucun moyen d'éviter la production d'une preuve d'expert inutile et, dans une instance civile, les dépens constituent une sanction pécuniaire irréaliste si les deux parties recourent de manière excessive à des témoins experts.

[55] Étant donné que l'article 7 a pour objet, en partie du moins, d'éviter les abus, les difficultés, les frais et les retards imputables à l'utilisation excessive de la preuve d'expert, il convient davantage à cet objet de considérer que la restriction s'applique à l'affaire tout entière, plutôt qu'à la moindre question qui est susceptible de se poser. En fait, une interprétation favorable à la règle du nombre de témoins « par question » crée l'effet néfaste même que la disposition vise à remédier.

[56] La Cour a fait part à maintes reprises de ses préoccupations vis-à-vis du nombre et de la diversité des rapports d'expert. Le passage qui suit, extrait de la décision *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2007 CF 596, au paragraphe 7, expose le problème :

[...] Il convient de redire à quel point il est difficile pour un tribunal saisi d'une instance relative à un [avis de conformité] d'assimiler une multitude d'opinions d'expert ou censées telles, qui concernent surtout des questions scientifiques, opinions toutes présentées par écrit et composant souvent plusieurs volumes. Les juges sont des êtres humains, pas des ordinateurs.

[57] Il y aurait des problèmes semblables dans d'autres affaires, comme des actions commerciales ou en responsabilité civile délictuelle complexes mettant en cause des questions de finances, de comptabilité, de médecine ou d'autres preuves de nature technique ou scientifique. La situation peut être encore plus difficile dans le domaine des sciences sociales.

[58] Certes, les procédures relatives à un avis de conformité peuvent être complexes, mais l'observation d'Altana selon laquelle l'article 7 de la LPC n'aurait pu avoir envisagé l'objet et la complexité des procédures engagées aux termes du Règlement est sans fondement. Il existe une présomption selon laquelle les dispositions réglementaires sont conçues pour fonctionner de concert, non seulement avec leur loi habilitante mais aussi avec d'autres lois et d'autres règlements.

[59] En l'espèce, étant donné que la limite a été appliquée à chacune des questions, ainsi que la protonotaire a conclu qu'elle était tenue de faire, Altana a été autorisée à recourir à neuf témoins experts qui ont déposé dix affidavits. Si Novopharm produisait un affidavit pour chacun de ceux qu'Altana a déposés, comme elle serait en droit de le faire, le juge du procès aurait à examiner un nombre total de vingt affidavits principaux, sans même compter les affidavits en

réponse. Il s'agit là d'une quantité importante et onéreuse d'éléments de preuve, qui taxe sérieusement les ressources judiciaires.

[60] En résumé, si l'on applique la règle des effets néfastes et que l'on considère que l'article 7 s'applique à chacune des questions, le remède est presque aussi dommageable que la maladie.

[61] Il n'y a pas de conflit entre la complexité des procédures relatives à un avis de conformité et l'objet de l'article 7. L'aspect crucial de cet article est le pouvoir discrétionnaire de permettre plus d'experts que la limite initiale fixée. Le législateur a prévu un mécanisme qui permet de faire face aux affaires complexes et a établi un moyen de trouver un point d'équilibre entre la limite prévue du nombre d'experts qui peuvent être appelés dans une affaire en général et les besoins d'une affaire particulière.

[62] Comme il a été reconnu dans l'arrêt *Pea Growers*, contrairement à la disposition albertaine initiale dont il était question dans l'arrêt *Fagnan*, l'article 7 n'est pas une disposition très rigide qui ne permet nullement d'appeler plus que le nombre prescrit d'experts quand la justice l'exige. C'est par l'exercice du pouvoir discrétionnaire que l'on répond aux besoins et aux complexités de l'affaire en question.

[63] Par conséquent, à mon avis, si l'on tient compte de la nature réparatrice de la disposition, de son sens ordinaire, de son objet et des effets néfastes à remédier (ou causés par une autre

interprétation), l'article 7 doit être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l'affaire, sous réserve de la permission de la Cour de modifier ce nombre.

D *Applicabilité à un contrôle judiciaire ou à une procédure relative à un avis de conformité*

[64] L'observation selon laquelle les restrictions imposées par l'article 7 ne s'appliquent pas à un contrôle judiciaire ou à une procédure relative à un avis de conformité est, selon moi, dénuée de fondement.

[65] L'article 7 fait expressément référence à « un procès ou autre procédure ». Un contrôle judiciaire et une affaire concernant un avis de conformité constituent, par règlement, ainsi qu'aux termes des règles de la Cour (article 300), une procédure. Selon le libellé explicite de la loi, l'article 7 s'applique aux contrôles judiciaires en général et aux procédures relatives à un avis de conformité en particulier.

[66] Il n'y a pas de considération de principe pour laquelle l'article 7 ne devrait pas s'appliquer à un contrôle judiciaire ou à une procédure relative à un avis de conformité. Sauf pour des différences de formes de preuve, les deux possèdent tous les attributs d'un procès et ont tous les problèmes de contrôle du nombre d'experts que le législateur a voulu régler.

[67] Même si le temps prévu pour demander la permission de produire d'autres éléments de preuve d'expert ne devrait pas nécessairement être fixe, car il s'agit là d'une question qui relève

du pouvoir discrétionnaire de la Cour, l'opportunité est essentielle. On serait en droit de penser qu'aussitôt que les rapports d'expert sont déposés (et peut-être même plus tôt, quand on sait que des éléments de preuve d'expert additionnels sont requis), la requête nécessaire serait, en règle générale, introduite. Mais il ne s'agit pas là d'une question à trancher en l'espèce.

#### IV. CONCLUSION

[68] Comme j'ai décidé qu'il convient d'annuler la décision de la protonotaire, l'affaire, dans la mesure où les parties souhaitent donner suite à la question de la majoration du nombre des témoins experts, sera sans nul doute renvoyée à la protonotaire, laquelle connaît mieux l'instance et est chargée de la gérer.

[69] Une ordonnance sera rendue pour donner effet aux présents motifs.

« Michael L. Phelan »

---

Juge

Ottawa (Ontario), le 23 octobre 2007

Traduction certifiée conforme

Christian Laroche

**COUR FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** T-1836-06

**INTITULÉ. :** ALTANA PHARMA INC. et ALTANA PHARMA AG  
c.  
NOVOPHARM LIMITED et LE MINISTRE DE LA  
SANTÉ

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

**DATE DE L'AUDIENCE :** LE 23 JUILLET 2007

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE :** LE JUGE PHELAN

**DATE DES MOTIFS :** LE 23 OCTOBRE 2007

**COMPARUTIONS :**

Neil Belmore POUR LES DEMANDERESSES  
Natalie Rizkalla Kamel

Andrew Skodyn POUR LA DÉFENDERESSE  
Mark Davis NOVOPHARM LIMITED

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

GOWLING LAFLEUR HENDERSON LLP POUR LES DEMANDERESSES  
Avocats  
Toronto (Ontario)

HEENAN BLAIKIE POUR LA DÉFENDERESSE  
Avocats NOVOPHARM LIMITED  
Toronto (Ontario)