

**Date : 20071106**

**Dossier : A-274-07**

**Référence : 2007 CAF 359**

**CORAM : LE JUGE SEXTON  
LE JUGE PELLETIER  
LE JUGE RYER**

**ENTRE :**

**ELI LILLY CANADA INC.**

**appelante**

**et**

**NOVOPHARM LIMITED**

**intimée**

**et**

**LE MINISTRE DE LA SANTÉ**

**intimé**

**et**

**ELI LILLY AND COMPANY LIMITED**

**intimée/brevetée**

Audience tenue à Toronto (Ontario), le 5 novembre 2007

Ordonnance rendue à Toronto (Ontario), le 6 novembre 2007

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE :**

**LE JUGE SEXTON**

**Y A SOUSCRIT :**

**LE JUGE RYER**

**MOTIFS DISSIDENTS :**

**LE JUGE PELLETIER**

**Date : 20071106**

**Dossier : A-274-07**

**Référence : 2007 CAF 359**

**CORAM : LE JUGE SEXTON  
LE JUGE PELLETIER  
LE JUGE RYER**

**ENTRE :**

**ELI LILLY CANADA INC.**

**appelante**

**et**

**NOVOPHARM LIMITED**

**intimée**

**et**

**LE MINISTRE DE LA SANTÉ**

**intimé**

**et**

**ELI LILLY AND COMPANY LIMITED**

**intimée/brevetée**

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE**

**LE JUGE SEXTON**

**Introduction**

[1] Il s'agit d'une requête présentée par l'intimée, Novopharm Limited (Novopharm), afin que soit rejeté l'appel de l'ordonnance rendue par le juge Hughes en date du 5 juin 2007 (l'ordonnance du 5 juin) au motif qu'il est devenu théorique.

[2] L'ordonnance du 5 juin rejette la demande d'ordonnance présentée par Eli Lilly Canada (Eli Lilly) afin qu'il soit interdit au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm pour ses comprimés d'olanzapine en concentrations de 2,5, 5, 7,5, 10 et 15 mg. Le ministre a accordé un AC à Novopharm après que l'ordonnance du 5 juin a été rendue.

[3] La Cour a constamment statué que, après la délivrance d'un AC, l'appel interjeté par un titulaire de brevet relativement à une demande visant à interdire la délivrance d'un AC sera rejeté au motif qu'il est devenu théorique. Or, Eli Lilly prétend notamment que *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Limitée et al.*, 2007 CAF 163, 282 D.L.R. (4th) 476, 59 C.P.R. (4th) 416 (autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada refusée, [2007] C.S.C.R. n° 311) (*Sanofi-Aventis*), un arrêt rendu récemment, oblige la Cour à réexaminer les règles de droit régissant le droit d'un titulaire de brevet d'interjeter un appel concernant un AC qui serait théorique sans cet arrêt.

[4] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec Eli Lilly à cet égard et j'accueillerais la requête de Novopharm et rejetterais l'appel en l'espèce au motif qu'il est devenu théorique.

## **Le contexte**

[5] La présente requête fait suite à un appel concernant la procédure d'interdiction prévue par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Les brevets en cause ont trait à des médicaments utilisés pour traiter la schizophrénie.

[6] Le problème que posait constamment la mise au point de ces médicaments était que tous les médicaments découverts par des innovateurs qui étaient efficaces dans le traitement de la schizophrénie avaient des effets secondaires dangereux. Eli Lilly avait trouvé un certain nombre de médicaments susceptibles de réduire les effets secondaires; ces médicaments ont mené à la création d'une catégorie de composés faisant l'objet du brevet canadien n° 1,075,687 (le brevet 687).

[7] Le brevet 687 revendiquait un genre d'environ 15 billions de composés. Les seuls composés qui étaient revendiqués séparément dans le brevet 687 étaient la flumézapine et l'éthylflumézapine. Des tests effectués sur ces deux médicaments ont révélé qu'ils avaient des effets secondaires inacceptables ou n'étaient pas efficaces dans le traitement de la schizophrénie. D'autres recherches réalisées sur les composés qui faisaient partie de la catégorie décrite dans le brevet 687 ont toutefois mené à des résultats favorables en ce qui concerne un médicament particulier appelé olanzapine. En conséquence, Eli Lilly a décidé de déposer le brevet canadien n° 2,041,113 (le brevet 113), qui indique que l'olanzapine a été sélectionnée à partir de la catégorie du brevet 687. Le brevet 113 révèle qu'Eli Lilly [TRADUCTION] « a découvert un composé qui possède des propriétés surprenantes et inattendues comparativement à la flumézapine et à d'autres composés apparentés ».

[8] Le brevet 113 est un « brevet de sélection », c'est-à-dire, dans le contexte des brevets pharmaceutiques, qu'il vise un composé sélectionné à partir d'une catégorie brevetée existante et dont on a découvert qu'il possède des caractéristiques inattendues qui n'auraient pu être prévues avant que la découverte ne soit faite : voir *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 283 (Ch. Div.), aux pages 322 et 323 (*I.G. Farbenindustrie*); Harold G. Fox, *Canadian Patent Law and Practice*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto: The Carswell Company Limited, 1969), à la page 89. Les brevets de sélection visent à encourager les chercheurs à découvrir de nouveaux avantages à des composés appartenant à la catégorie connue en exerçant leur génie inventif (*Pfizer Canada Inc. et al. c. Ministre de la Santé et al.*, 2006 CAF 214, 272 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 756, 52 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 241, au paragraphe 5).

[9] Le 20 juin 2005, Novopharm a déposé l'avis de demande (AD) sur lequel la demande d'interdiction présentée à la Cour fédérale par Eli Lilly était fondée. L'AD alléguait que le brevet 113 était invalide pour des raisons d'antériorité, d'évidence, d'utilité et de double brevet, pour cause d'intention d'induire en erreur au sens de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4 (la Loi), et en raison de l'insuffisance des renseignements divulgués. Le 8 septembre 2005, Eli Lilly a demandé à la Cour fédérale de prononcer une ordonnance d'interdiction parce que les moyens énumérés dans l'AD n'étaient pas fondés. L'audience relative à l'AC n'a été tenue par le juge Hughes que le 25 mai 2007.

[10] Dans *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limitée*, 2007 CF 596, qui est l'objet de l'appel auquel la présente requête se rapporte, le juge Hughes a décidé qu'Eli Lilly n'avait pas été en

mesure d'établir que l'allégation de Novopharm selon laquelle le brevet 113 était invalide en raison de l'insuffisance des renseignements divulgués n'était pas fondée. Ses conclusions à cet égard sont résumées au paragraphe 162 de sa décision :

J'estime que le brevet 113 ne divulgue pas assez d'éléments dans le mémoire descriptif quant à l'invention dans le choix de l'olanzapine à partir d'un groupe de composés déjà divulgués. Le brevet britannique antérieur [notamment le brevet 687] indique que toute la classe de composés est utile dans le traitement des troubles du système nerveux central. L'invention dans le choix de l'olanzapine consiste en les soi-disant propriétés « surprenantes et inattendues » de l'olanzapine « comparativement à la flumézapine et à d'autres composés apparentés ». Aucune comparaison de la sorte n'est faite dans le brevet 113. Aucune donnée n'est fournie. Tout ce qui nous reste, c'est de la rhétorique, par exemple, la mention d'une « forte efficacité » ainsi que d'effets secondaires « légers et transitoires » et « plus faibles ».

[11] Eli Lilly conteste la décision du juge Hughes principalement parce que ce dernier a conclu que le droit canadien exige que le mémoire descriptif d'un brevet de sélection renferme des données comparatives qui démontrent les avantages de la catégorie sélectionnée comparativement à ceux de la catégorie divulguée dans un brevet antérieur. Eli Lilly prétend non seulement que cette question n'était pas soulevée dans l'AD de Novopharm, mais également qu'une telle conclusion est contraire aux exigences de la Loi et aux obligations incombant au Canada en vertu du *Traité de coopération en matière de brevets* et de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*.

[12] Le lendemain du jour où le juge Hughes a rendu sa décision, Novopharm a reçu un AC du ministre pour des comprimés de Novo-Olanzapine, qui sont en fait ses comprimés d'olanzapine ayant des concentrations de 2,5, 5, 7,5, 10 et 15 mg.

### Les questions en litige

[13] La présente requête soulève deux questions :

- i. L'appel est-il devenu théorique?
- ii. Dans l'affirmative, la Cour devrait-elle quand même exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel?

### Analyse

1) L'appel est-il devenu théorique?

[14] Comme Novopharm le rappelle à juste titre, la Cour a constamment rejeté, en raison de leur caractère théorique, les appels relatifs à des ordonnances rejetant des demandes d'interdiction en vertu du Règlement lorsqu'un AC avait été délivré. Voir, par exemple, *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc. et al.* (2001), 11 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 245 (C.A.F.) (autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2001] C.S.C.R. n° 111) (*Pfizer*); *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2004 CAF 224 (autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2004] C.S.C.R. n° 391). Cette position de la Cour s'explique par le fait que, une fois que la demande d'interdiction est rejetée, le ministre agit tout à fait légalement, conformément au paragraphe 7(1) du Règlement, en délivrant un AC au fabricant de médicaments génériques : *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 555 (C.A.F.) (autorisation d'appel à la CSC refusée, [1999] C.S.C.R. n° 313). En outre, le Règlement ne renferme aucune disposition permettant à la Cour d'interdire rétroactivement la délivrance de l'AC une fois que celui-ci a été délivré.

[15] Les paragraphes 7(1) et (2) du Règlement sont libellés comme suit :

7. (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes :

a) [Abrogé, DORS/98-166, art. 6]

b) la date à laquelle la seconde personne se conforme à l'article 5;

c) sous réserve du paragraphe (3), la date d'expiration de tout brevet inscrit au registre qui ne fait pas l'objet d'une allégation;

d) sous réserve du paragraphe (3), la date qui suit de 45 jours la date de réception de la preuve de signification de l'avis d'allégation visé aux alinéas 5(3)b) ou c) à l'égard de tout brevet inscrit au registre;

e) sous réserve des paragraphes (2), (3) et (4), la date qui suit de 24 mois la date de réception de la preuve de présentation de la demande visée au paragraphe 6(1);

f) la date d'expiration de tout brevet faisant l'objet d'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 6(1).

(2) L'alinéa (1)e) ne s'applique pas si, à l'égard de chaque brevet visé par une demande au tribunal aux termes du paragraphe 6(1) :

a) soit le brevet est expiré;

b) soit le tribunal a déclaré que le brevet n'est pas valide ou qu'aucune revendication pour le médicament en

7. (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

(a) [Repealed, SOR/98-166, s. 6]

(b) the day on which the second person complies with section 5,

(c) subject to subsection (3), the expiration of any patent on the register that is not the subject of an allegation,

(d) subject to subsection (3), the expiration of 45 days after the receipt of proof of service of a notice of any allegation pursuant to paragraph 5(3)(b) or (c) in respect of any patent on the register,

(e) subject to subsections (2), (3) and (4), the expiration of 24 months after the receipt of proof of the making of any application under subsection 6(1), and

(f) the expiration of any patent that is the subject of an order pursuant to subsection 6(1).

(2) Paragraph (1)(e) does not apply if at any time, in respect of each patent that is the subject of an application pursuant to subsection 6(1),

(a) the patent has expired; or

(b) the court has declared that the patent is not valid or that no claim for the medicine itself and no claim for the



soi ni aucune revendication pour use of the medicine would be infringed.  
l'utilisation du médicament ne seraient  
contrefaites.

[16] Une fois que « le tribunal », une expression qui désigne la « Section de première instance de la Cour fédérale » (voir *Pfizer*, précité, au paragraphe 20), a rejeté la requête en interdiction, le ministre peut délivrer l'AC – en fait, il doit le faire : paragraphe C.08.004(1) du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870. Comme le juge Isaac (alors juge à la Cour d'appel fédérale) l'a dit dans *Pfizer*, précité, au paragraphe 21 :

Il s'ensuit que, dès que la Section de première instance a rejeté la demande d'interdiction présentée par les appelantes, le ministre a eu le droit de délivrer les ADC à Apotex et à Nu-Pharm à l'égard du fluconazole, comme il l'a fait. La délivrance de ces ADC a mis un terme à toute tentative de poursuivre la demande d'interdiction fondée sur le Règlement, parce que le recours prévu dans celui-ci (procédure sommaire) a été épuisé. Comme l'a dit le juge Décary, J.C.A., dans l'arrêt *Merck Frosst Canada*, précité, au paragraphe 4, [TRADUCTION] « il est bien évident que l'appel est théorique, le ministre ayant fait ce qu'il est autorisé à faire en vertu du paragraphe 7(1) du Règlement, c'est-à-dire qu'il a délivré un avis de conformité » .

[17] Eli Lilly insiste cependant pour dire que les motifs prononcés dans *Sanofi-Aventis* exigent d'une certaine manière que les arrêts mentionnés ci-dessus soient réexaminés. Je ne suis pas de cet avis. Il y a une erreur dans le raisonnement d'Eli Lilly, et cette erreur ressort des arguments qu'elle a fait valoir sur cette question dans son mémoire des faits et du droit :

[TRADUCTION]

Par suite de l'arrêt rendu récemment par la Cour dans *Sanofi*, une conclusion d'invalidité sur une question soulevée dans le cadre d'une première instance en interdiction empêche, après que tous les appels ont acquis un caractère définitif, la première personne (le breveté ou un titulaire de licence) de soulever de nouveau la même question de validité dans le cadre d'une instance subséquente relative à un AC. Ainsi, l'appel n'est pas devenu théorique même si la Cour ne pouvait pas

annuler l'AC puisque d'autres fabricants de médicaments génériques peuvent maintenant se fonder sur la décision du juge Hughes.

[...]

L'arrêt rendu par le juge Sexton dans *Sanofi* fait en sorte que des fabricants de médicaments génériques qui ne sont pas parties à l'instance peuvent s'appuyer, une fois que la décision est devenue définitive, sur l'allégation d'invalidité qui a été faite par l'autre fabricant de médicaments génériques et que le tribunal a acceptée. En conséquence, une fois qu'une allégation d'invalidité est accueillie dans le cadre d'une instance relative à un AC, l'innovateur est privé de la possibilité de faire rejeter des allégations d'invalidité dans l'avenir.

La décision du juge Hughes limite, par suite de *Sanofi*, la capacité de Lilly de réfuter les allégations faites par d'autres fabricants de médicaments génériques selon lesquelles le brevet 113 est invalide parce que les renseignements divulgués sont insuffisants. Si le présent appel n'est pas accueilli, Lilly sera privée de la possibilité de contester les motifs de la décision du juge Hughes et de réfuter les arguments relatifs à l'invalidité fondés sur l'insuffisance du brevet 113 qui sont présentés par d'autres fabricants de médicaments génériques dans le cadre d'autres instances relatives à un AC, et ce, même si le brevet 113 et son équivalent étranger ont résisté dans le passé à des contestations de leur validité.

[18] Eli Lilly n'explique pas dans son raisonnement pourquoi le droit est ou devrait être différent au regard de la question du caractère théorique par suite de *Sanofi-Aventis*. Cet arrêt permet seulement de conclure que le titulaire d'un brevet qui a vu sa demande d'interdiction être rejetée pour une question d'invalidité et qui soumet au tribunal la même question à l'encontre d'un autre fabricant de médicaments génériques commet un abus de procédure. Il ne modifie en rien le critère du caractère théorique établi par la Cour suprême du Canada dans *Borowski*, ci-dessous, ni ne confère à la Cour le droit d'annuler un AC qui a été délivré par le ministre en conformité avec le Règlement. Eli Lilly prétendait que, par suite de *Sanofi-Aventis*, la décision du juge Hughes pouvait avoir une incidence sur d'autres instances relatives à un AC. De telles considérations, si elles sont

fondées, ne seraient pertinentes qu'au regard de la question de savoir si un tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel devenu théorique.

[19] Indépendamment de la jurisprudence actuelle sur cette question, j'examinerai les trois arguments invoqués par Eli Lilly pour démontrer que son appel n'est pas théorique :

- a. la décision du juge Hughes est fondée sur une question qui n'avait pas été soulevée par les parties, ce qui est contraire à l'équité en matière de procédure;
- b. il y a toujours un litige entre les parties étant donné que Novopharm peut s'appuyer sur la décision du juge Hughes pour obtenir un AC pour le ZYDIS (un autre produit d'Eli Lilly), ainsi que pour une forme pharmaceutique de comprimés d'olanzapine pour administration orale (20 mg), deux médicaments visés par le brevet 113 selon le registre des brevets;
- c. compte tenu de l'arrêt rendu récemment par la Cour dans *Sanofi-Aventis*, précité, le présent appel aurait des répercussions sur les droits de Novopharm par rapport aux autres fabricants de médicaments génériques.

[20] En ce qui concerne le premier argument, je ne le trouve pas convaincant. Les longues observations d'Eli Lilly sur cette question découlent d'une seule prétention : Novopharm n'a jamais soulevé cette question dans son AD. Or, j'estime que Novopharm a suffisamment traité, dans son AD, de l'insuffisance des renseignements divulgués dans le brevet 113. Par exemple, Novopharm fait valoir dans son AD :

[TRADUCTION]

**7. Invalidité – Paragraphe 53(1) de la Loi sur les brevets et insuffisance des renseignements divulgués**

[...]

La personne ayant des connaissances ordinaires n'aurait pas eu suffisamment de renseignements pour mettre l'invention en pratique. En fait, elle aurait eu des renseignements erronés indiquant que l'olanzapine était « nettement supérieure » aux autres options cliniques et avait des effets nuisibles considérablement et particulièrement moins importants que celles-ci. S'il y a des cas où l'olanzapine peut être nettement supérieure, le mémoire descriptif du brevet 113 n'indique pas par quelle méthode cet objectif peut être atteint, et certainement pas dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art de l'atteindre. Le brevet est donc invalide parce que l'invention qui y est décrite ne fonctionnerait pas dans toute la mesure promise sans ces renseignements additionnels et de meilleure qualité (suivant l'alinéa 27(3)b) de la *Loi sur les brevets*) et parce que, comme il le sera démontré plus loin, ces renseignements ajoutés ou omis avaient été sciemment inclus ou retenus (selon le cas) dans le but d'induire en erreur (selon le paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*).

[21] Quoiqu'il en soit, même s'il y avait eu manquement à l'équité procédurale – ce qui n'est pas le cas, à mon avis – cela ne changerait rien au fait qu'un AC a été délivré et que la Cour n'est pas en mesure de changer ce résultat. Eli Lilly cite *G.D. Searle & Co. c. Novopharm Limited*, 2007 CAF 173, 281 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 207, 58 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 1 (autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2007] C.S.C.R. n° 340) (*G.D. Searle*), à titre d'exemple d'un cas où la Cour a, pour reprendre les termes employés par Eli Lilly, [TRADUCTION] « rendu l'ordonnance d'interdiction qui aurait dû être prononcée ». Un AC n'avait toutefois pas été délivré dans *G.D. Searle*. Aussi, cet arrêt ne change rien au principe général énoncé précédemment selon lequel l'appel devient théorique une fois qu'un AC a été délivré.

[22] Eli Lilly a souligné dans sa plaidoirie que l'ordonnance du 5 juin deviendrait

[TRADUCTION] « nulle » si la Cour concluait que le juge Hughes a fondé sa décision sur un moyen qui n'avait pas été soulevé dans l'AD, étant donné qu'il n'aurait pas été compétent pour prononcer cette ordonnance. Eli Lilly pourrait alors demander directement le contrôle judiciaire de la décision du ministre. Comme j'ai conclu que le juge Hughes a fondé sa décision sur une question qui était soulevée de manière appropriée dans l'AD, il n'est pas nécessaire que j'examine cette prétention d'Eli Lilly.

[23] En ce qui concerne les deuxième et troisième questions, les prétentions d'Eli Lilly sont sans fondement. La possibilité que des fabricants de médicaments génériques, ou même Novopharm, puissent s'appuyer sur la décision du juge Hughes dans des instances subséquentes n'empêche pas que l'appel soit devenu théorique pour ce qui est de l'AC opposant les parties en l'espèce. La Cour suprême du Canada a établi le critère qui sert à déterminer si une affaire est devenue théorique dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, 57 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 231 (*Borowski*), au paragraphe 15 :

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique général s'applique aux litiges devenus

théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer. [Non souligné dans l'original.]

[24] En l'espèce, le litige entre les parties portait sur la question de savoir si un AC devait être délivré à Novopharm relativement à des comprimés pour administration orale de médicaments contenant 2,5, 5, 7,5, 10 et 15 mg d'olanzapine. Le juge Hughes a décidé que la demande présentée par Eli Lilly afin que la délivrance d'un AC soit interdite devait être rejetée. Le ministre a délivré un AC. La Cour ne peut modifier cette décision. Selon les critères établis dans *Borowski*, l'appel est devenu théorique. Je traiterai de la question de savoir si la décision du juge Hughes pourrait être pertinente dans d'autres instances lorsque je déterminerai si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel.

- 2) Dans l'affirmative, la Cour devrait-elle quand même exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel?

[25] La Cour suprême du Canada a confirmé dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, 232 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 577 (*Doucet*), les trois facteurs décrits dans *Borowski* qui doivent être pris en compte pour décider s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel devenu théorique (au paragraphe 18) :

- 1) l'existence d'un débat contradictoire;
- 2) le souci d'économie des ressources judiciaires;
- 3) la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

[26] Dans *Borowski*, précité, la Cour suprême du Canada a mentionné que les facteurs ne doivent pas être appliqués de façon mécanique (au paragraphe 42) :

En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune des trois raisons d'être de la doctrine du caractère théorique. Cela ne signifie pas qu'il s'agit d'un processus mécanique. Il se peut que les principes examinés ici ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

[27] Un débat contradictoire existe entre Eli Lilly et Novopharm. Ce débat se situe cependant dans une autre instance : l'action en contrefaçon du brevet 113 intentée par Eli Lilly. Le principal point en litige entre les parties, à savoir la question du caractère suffisant des renseignements divulgués dans les brevets de sélection, peut être tranché aussi bien dans le cadre d'une action en contrefaçon. En outre, celle-ci peut, contrairement à la présente instance, donner lieu à une décision *in rem* concernant la validité du brevet. Aussi, l'existence d'un débat contradictoire entre les parties ne milite pas en faveur de l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire d'entendre le présent appel.

[28] En outre, la possibilité d'un litige subséquent n'a pas nécessairement d'incidence sur le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel devenu théorique. Comme le juge en chef Richard l'a rappelé dans *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltée*, 2005 CAF 6, 40 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 1

(*Janssen-Ortho*), au paragraphe 20 :

En ce qui a trait à l'argument suivant lequel d'autres instances seront introduites relativement à la lévofloxacine, la Cour suprême du Canada a nié la pertinence de telles considérations au paragraphe 34 de l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 :

[34] Le simple fait, cependant, que la même question puisse se présenter de nouveau, et même fréquemment, ne justifie pas à lui seul l'audition de l'appel s'il est devenu théorique. Il est préférable d'attendre et de trancher la question dans un véritable contexte contradictoire, à moins qu'il ressorte des

circonstances que le différend aura toujours disparu avant d'être résolu.

[29] En ce qui concerne l'économie des ressources judiciaires, Eli Lilly soutient que le présent appel devrait être entendu parce qu'il est possible que d'autres fabricants de médicaments génériques cherchent à obtenir un AC pour l'olanzapine en s'appuyant sur la décision du juge Hughes. La question de l'économie des ressources judiciaires semble laisser croire au contraire que l'appel ne devrait pas être entendu.

[30] Eli Lilly prétend que la Cour devrait entendre l'appel devenu théorique afin d'établir clairement si des données comparatives doivent être divulguées dans les brevets de sélection. Selon elle, les motifs du juge Hughes laissent croire que les brevets de sélection qui ne renferment pas de données comparatives sont invalides. Je ne pense pas que ce principe général puisse être tiré des motifs du juge Hughes. Ce dernier a dit :

L'invention dans le choix de l'olanzapine consiste en les soi-disant propriétés « surprenantes et inattendues » de l'olanzapine « comparativement à la flumézapine et à d'autres composés apparentés ». Aucune comparaison de la sorte n'est faite dans le brevet 113. Aucune donnée n'est fournie. Tout ce qui nous reste, c'est de la rhétorique, par exemple, la mention d'une « forte efficacité » ainsi que d'effets secondaires « légers et transitoires » et « plus faibles ».

On peut certainement avancer que tout ce que le juge Hughes voulait dire, c'est que les renseignements divulgués dans un brevet de sélection doivent expliquer quelles étaient les propriétés « surprenantes et inattendues » de l'olanzapine dans le nouveau brevet de sélection. Même l'avocat d'Eli Lilly a admis dans sa plaidoirie que personne ne savait ce que le juge Hughes avait en tête au moment de dire : « Aucune donnée n'est fournie. » Si personne ne peut dire ce que



le juge des requêtes a voulu dire, alors personne ne peut conclure qu'il a voulu dire que des « données comparatives » doivent toujours figurer dans un brevet de sélection. Cela étant, il serait peu judicieux, pour savoir s'il convient d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel devenu théorique, de supposer que c'est ce qu'il a voulu dire et de définir, pour la première fois devant la Cour, les renseignements qui, selon la loi, doivent être divulgués dans un brevet de sélection.

[31] Même si Eli Lilly avait raison de soutenir que le présent appel soulève une pure question de droit, il serait préférable que la Cour dispose d'un dossier complet pour trancher une telle question.

Comme l'avocat d'Eli Lilly l'écrit dans son mémoire des faits et du droit :

[TRADUCTION]

Ainsi, la conclusion du juge Hughes selon laquelle le mémoire descriptif d'un brevet de sélection doit renfermer des données comparatives n'a jamais été soulevée par Novopharm, de sorte que Lilly n'a pas eu la possibilité de traiter de cette question dans la preuve qu'elle a présentée à la Cour ou dans la plaidoirie qu'elle a prononcée devant celle-ci. [Non souligné dans l'original.]

[32] Le présent appel découle d'une instance régie par le Règlement et la question relative à l'insuffisance des renseignements divulgués peut se révéler complexe. La Cour a dit à maintes reprises que l'instance relative à un AC devrait être de nature sommaire et de courte durée. La juge Sharlow a d'ailleurs mentionné à ce sujet dans *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 51, 265 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 363, 47 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 329 (*AB Hassle*), au paragraphe 2 :

Il s'agit d'une procédure sommaire, dont le but est de faciliter la résolution relativement rapide, par la Cour fédérale, de certaines questions d'interprétation, de contrefaçon et de validité des brevets, mais uniquement dans un but restreint : rendre (ou refuser de rendre) une ordonnance interdisant au ministre de la Santé d'approuver la vente au Canada d'un nouveau médicament générique qu'on cherche

à faire approuver en fonction d'une comparaison avec un produit existant dont le fabricant détient certains droits de brevet.

[33] Malheureusement, des parties comme celles qui s'opposent en l'espèce ignorent que les instances relatives à un AC devraient être de nature sommaire. Comme le juge Noël l'a dit dans *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 187 (*Abbott*), au paragraphe 28 :

[...] ce délai de 24 mois [qui est prévu à l'alinéa 7(1)e) du Règlement] devait sans doute permettre de rappeler tant aux parties qu'à la Cour, le caractère sommaire de la procédure en question et la nécessité de procéder avec célérité. La trop faible attention apportée à ce délai a fini par imprimer à cette procédure sommaire les lenteurs caractéristiques des actions en contrefaçon de brevet, qui prennent couramment plusieurs jours et parfois des semaines. En fin de compte, on finit par consacrer à ces procédures, censées être sommaires, des ressources judiciaires considérables, et cela au détriment d'autres types d'affaires qui portent pourtant sur des problèmes d'intérêt public plus importants.

[34] Les observations suivantes formulées dans *Sanofi-Aventis*, précité, sont particulièrement pertinentes à cet égard, malgré le fait qu'elles se rapportent à la question de l'abus de procédure (au paragraphe 37) :

Dans le contexte du Règlement, le fait d'inciter à utiliser efficacement des ressources judiciaires limitées suscite également des préoccupations particulières. Ces ressources sont déjà considérablement grevées par les très nombreuses instances engagées en vertu de la réglementation. Toute tentative visant à grever davantage les ressources des parties et des tribunaux en engageant des actions répétitives sans justification convaincante milite fortement en faveur d'une conclusion d'abus de procédure.

[35] Les trois extraits ci-dessus peuvent aussi être pertinents au regard du caractère limité des ressources judiciaires, un autre facteur qui doit être pris en compte lorsqu'on décide si un appel théorique devrait être entendu. Comme le juge Noël l'a statué dans *Abbott*, précité, les instances relatives à un AC grevent les ressources judiciaires, de sorte qu'il n'est guère logique d'entendre des

appels théoriques relatifs à ces instances, en particulier lorsque la principale question en litige sera examinée dans le cadre d'une action en contrefaçon qui est déjà en cours.

[36] Lorsqu'ils décident s'il convient d'entendre ou non une affaire devenue théorique en s'appuyant sur la question de l'économie des ressources judiciaires, les tribunaux doivent mettre en balance la dépense de ressources judiciaires limitées et « le coût social de l'incertitude du droit » (*Borowski*, précité, à la page 361). Bien que je ne sois pas parfaitement certain de ce que l'expression « coût social » signifie, je pense qu'il s'agit du coût pour la société en général par opposition au coût potentiel pour certains participants d'une industrie en particulier. Des réparations fondées sur la *Charte* étaient en cause dans *Borowski* et dans *Doucet*.

[37] La Cour a déjà statué, en particulier, que « [r]ien ne prouve qu'il y ait un coût social à laisser sans réponse la question des brevets dits "de sélection" » (*Janssen-Ortho*, précité, au paragraphe 22). Dans la présente requête, l'avocat d'Eli Lilly n'a pas fait référence à une preuve du coût social découlant de l'incertitude du droit, ni dans son mémoire des faits et du droit ni dans sa plaidoirie.

[38] Eli Lilly laisse entendre que le souci d'économie des ressources judiciaires milite en faveur de l'audition du présent appel par la Cour car, comme il y a au moins quatre autres fabricants de médicaments génériques qui cherchent à produire l'olanzapine, au moins quatre actions en contrefaçon seront intentées lorsque ces fabricants auront obtenu leur AC. Sans dicter le déroulement exact des actions en contrefaçon, je ne suis pas convaincu qu'elles constitueront une

utilisation inefficace des ressources judiciaires. Même s'il y a plusieurs actions en contrefaçon, elles auront de nombreuses questions en litige en commun, notamment la principale question en litige en l'espèce : le caractère suffisant des renseignements divulgués dans les brevets de sélection. Il est fort possible que les actions en contrefaçon puissent être réunies ou que les questions en litige puissent être tranchées dans une seule instance, les autres actions étant suspendues.

[39] Eli Lilly prétend également que la décision du juge Hughes aura une incidence sur la validité de nombreux autres brevets et demandes de brevet au Canada en ajoutant un critère rétroactif concernant le caractère suffisant des renseignements divulgués dans les brevets de sélection. Elle prétend aussi que cette décision a des répercussions sur les renseignements exigés pour de nombreux autres brevets canadiens et demandes de brevet en instance au Canada et qu'elle est donc ainsi incompatible avec les obligations internationales du Canada en matière de brevets ainsi qu'avec la Loi elle-même.

[40] Il est douteux que ces prétentions s'appliquent à l'égard d'une instance relative à un AC. Il est bien établi en droit que les décisions rendues sous le régime du Règlement ne peuvent être considérées comme des décisions *in rem* sur la validité des brevets: *Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 209 (C.A.F.); *Sanofi-Aventis*, précité, au paragraphe 36. Comme le juge en chef Richard l'a dit dans *Janssen-Ortho*, précité, au paragraphe 19 :

De même, on peut lire ce qui suit dans un autre arrêt de la Cour, soit *Novartis c. Apotex*, 2002 CAF 440, [2002] A.C.F. n° 1551 (C.A.) (QL) (le juge Strayer) :

[9] Je crois que les principes fondamentaux qui s'appliquent sont ceux qui ont été formulés par le juge Isaac dans l'arrêt *Pfizer* et qui ont été approuvés et suivis par une autre formation collégiale de notre Cour dans l'affaire *Rhoxalpharma* il y a moins d'un an. Le principe fondamental est que la procédure extraordinaire prévue par le Règlement vise un objectif d'ordre public, celui de permettre à la Section de première instance d'empêcher un fonctionnaire de délivrer un avis de conformité, conçu pour la protection de la santé du public, si le breveté réussit à démontrer que les brevets qu'énumère un fabricant de médicaments génériques dans l'avis d'allégation qu'il présente en vue d'obtenir un avis de conformité, appartiennent à la « première personne » demanderesse et que les revendications pertinentes ne sont pas invalides et qu'elles seraient contrefaites. Il s'agit là d'une conclusion que la Cour est appelée à tirer dans le but bien précis de décider si le ministre peut ou non délivrer un avis de conformité : personne ne songerait qu'il s'agit là d'un mécanisme permettant à la Cour de rendre des décisions ayant l'autorité de la chose jugée au sujet de la portée ou de la validité des brevets.

[Non souligné dans l'original.]

[41] L'instance relative à un AC n'a jamais été destinée à remplacer une action en contrefaçon : *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), à la page 319 (autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [1994] C.S.C.R. 330); *Pfizer*, précité, au paragraphe 17. De même, une instance relative à un AC ne devrait pas constituer un précédent faisant autorité en ce qui a trait aux aspects controversés et flous du droit des brevets (voir *Sanofi-Aventis*, précité, au paragraphe 49). Les instances relatives à un AC sont censées être de nature sommaire et ne pas donner lieu à des décisions faisant autorité. En fait,

Eli Lilly peut faire trancher ces questions dans le cadre de l'action en contrefaçon qu'elle a déjà intentée. C'est d'ailleurs ce que confirme *Sanofi-Aventis*, précité, au paragraphe 40 :

Bien qu'il soit important dans chaque affaire de s'assurer que l'application de la doctrine de l'abus de procédure n'est pas source d'inéquité dans les circonstances, à mon avis ce ne serait pas le cas en l'espèce. Les demandes d'interdiction déposées en vertu du Règlement n'empêchent pas les brevetés de faire respecter leurs droits de brevet en engageant une action en contrefaçon de brevet conformément à la *Loi sur les brevets*. En outre, les conclusions que l'on tire de toute demande d'interdiction de ce genre n'ont aucune incidence sur les actions en violation de brevet. [Non souligné dans l'original.]

[42] Comme il a été mentionné précédemment, Eli Lilly prétend que *Sanofi-Aventis* accroît l'importance du droit d'appel d'un innovateur étant donné que d'autres fabricants de médicaments génériques peuvent maintenant s'appuyer sur une décision rendue par un juge des requêtes. Le fait que d'autres fabricants de médicaments génériques tenteront probablement de s'appuyer sur des décisions comme celle rendue par le juge Hughes ne change rien au fait que l'innovateur dispose de nombreux moyens de défendre ses droits, notamment en intentant une action en contrefaçon. Voir *Novartis AGC c. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450 (C.A.F.), au paragraphe 9; *AB Hassle*, précité, aux paragraphes 28 et 29. Comme la Cour l'a affirmé dans *Pfizer*, précité, au paragraphe 25 :

Il convient de souligner qu'une décision de la présente Cour portant que les appels sont théoriques ne signifie pas que les appelantes n'ont pas de recours. Elles peuvent engager des actions en contrefaçon, si elles sont conseillées en ce sens et que les faits justifient ce recours. La Cour d'appel fédérale a indiqué très clairement que les demandes fondées sur l'article 6 n'ont pas pour effet de trancher les droits du titulaire de brevet. Dans l'arrêt *Merck Frosst Canada*, précité, p. 319, le juge Hugessen a rejeté l'idée d'assimiler une demande d'interdiction à une action :

La procédure engagée n'est pas une action et ne vise qu'à faire interdire la délivrance d'un avis de conformité sous le régime du *Règlement sur les*

*aliments et drogues*. Manifestement, elle ne constitue pas « une action en contrefaçon de brevet ».

Dans ces circonstances, il est inutile de mentionner que toute décision que la présente Cour rendra en l'espèce pourrait servir à contester accessoirement un jugement prononcé dans une action en contrefaçon.

[43] De fait, Eli Lilly a déjà intenté une action en contrefaçon relativement à son brevet 113. Si Novopharm contrefait effectivement ce brevet en raison de la délivrance de l'AC, Eli Lilly peut obtenir un dédommagement approprié au moyen de différents recours : une injonction, des dommages-intérêts ou une restitution des bénéfices, le cas échéant. Voir *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)* (2001), 11 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 539 (C.A.F.), aux paragraphes 22 et 23.

[44] On a fait valoir qu'il pourrait être injuste de ne pas permettre au titulaire d'un brevet d'interjeter appel alors qu'un fabricant de médicaments génériques peut porter en appel une décision défavorable rendue dans le cadre d'une instance relative à un AC. La Cour a cependant déjà statué que le fait que les fabricants de médicaments génériques ont un droit d'appel alors que les innovateurs n'en ont pas ne constitue pas une interprétation inéquitable du Règlement. Voir *Pfizer*, précité, au paragraphe 22. Voir aussi *Sanofi-Aventis*, précité, au paragraphe 50. Lorsqu'on considère la question de l'équité, il faut se rappeler que les innovateurs bénéficient toujours d'une « injonction interlocutoire presque automatique » pendant une période de 24 mois. Je rappelle qu'en l'espèce Eli Lilly a obtenu une ordonnance d'interdiction valable pendant plus de 20 mois, même s'il a été décidé au bout du compte qu'elle n'y avait pas droit. Il faut mentionner également que les actes des innovateurs ne sont pas les seuls à être examinés de près au regard de la multiplicité des instances.

Ainsi, il a été interdit à des fabricants de médicaments génériques de déposer plus d'un AD relativement à la validité d'un brevet (*Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 140, 282 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 145, 59 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 131).

[45] Encore une fois, les innovateurs comme Eli Lilly disposent de recours. Ils peuvent toujours intenter une action en contrefaçon. Ainsi, même si Eli Lilly ne peut aller de l'avant avec le présent appel, elle peut certainement demander une injonction, des dommages-intérêts ou une indemnité pour perte de profits en intentant une action en contrefaçon. C'est d'ailleurs ce qu'elle a fait. Elle dispose des mêmes recours contre les autres fabricants de médicaments génériques si elle estime être victime de contrefaçon.

[46] En ce qui concerne le facteur relatif à la fonction juridictionnelle de la Cour, on n'a pas prétendu que celle-ci empiéterait sur le rôle du Parlement si elle entendait l'appel. Ce facteur semble cependant relativement peu important en l'espèce.

[47] Par conséquent, compte tenu de toutes ces considérations, la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel en l'espèce. Même si la Cour entendait l'appel :

- a. la décision de délivrer l'AC ne peut être modifiée;
- b. Eli Lilly peut obtenir, dans le cadre d'une action en contrefaçon reposant sur un dossier plus abondant, une décision relative aux renseignements devant être divulgués dans un brevet de sélection qui ne serait pas moins concluante et moins solidement fondée sur des principes;



- c. Eli Lilly peut obtenir tous les redressements auxquels elle a droit s'il y a effectivement contrefaçon, en demandant une injonction, des dommages-intérêts ou une indemnité pour perte de profits et frais dans le cadre d'une action en contrefaçon intentée contre Novopharm et d'autres fabricants de médicaments génériques.

### **Conclusion**

[48] Je conclus que l'appel est devenu théorique et je refuse d'exercer mon pouvoir discrétionnaire de l'entendre. La requête en rejet de l'appel en raison de son caractère théorique est accueillie avec dépens.

« J. Edgar Sexton »

---

Juge

« Je suis d'accord  
C. Michael Ryer, juge »

Traduction certifiée conforme

David Aubry, LL.B.

**LE JUGE PELLETIER (dissident)**

[49] J'ai lu attentivement les motifs rédigés avec soin par mon collègue le juge Sexton. Je souscris à sa conclusion selon laquelle l'appel dont nous sommes saisis est devenu théorique. Avec le respect que je dois à son opinion cependant, je ne pense pas que nous devrions refuser d'exercer notre pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel.

[50] À mon avis, les conditions de l'exercice de notre pouvoir discrétionnaire – le critère à trois volets formulé dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 – sont remplies. Mon collègue convient qu'il existe un débat contradictoire entre Eli Lilly et Novopharm. La question de savoir si l'affaire doit être tranchée par une cour n'est pas en litige. C'est sur la question de savoir si l'audition de l'appel favorisera l'économie des ressources judiciaires que nous ne nous entendons pas. À mon avis, la décision faisant l'objet du présent appel entraînera non pas une diminution, mais une augmentation du nombre de litiges dans le domaine.

[51] Le fait que les conditions établies dans *Borowski* sont remplies ne nous oblige pas à exercer notre pouvoir discrétionnaire; la décision de le faire demeure discrétionnaire. Dans les circonstances de la présente affaire cependant, je crois que nous devrions exercer ce pouvoir discrétionnaire et entendre l'appel.

[52] J'arrive à cette conclusion pour les motifs suivants. La décision faisant l'objet du présent appel énonce le droit et fait autorité. Elle soulève un doute quant à la validité de tout brevet de

sélection qui ne renferme pas de données comparatives au soutien de l'avantage qui y est revendiqué. Ce doute justifie notre intervention.

[53] Même si les instances régies par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement), ne donnent pas lieu à une conclusion *in rem* d'invalidité, les principes du droit des brevets appliqués dans le cadre des instances relatives à un AC sont nécessairement les mêmes que ceux qui s'appliquent dans le cadre des actions en contrefaçon. Il n'y a qu'un droit des brevets. Les arrêts dans lesquels la Cour traite des principes du droit des brevets dans le contexte des instances relatives à un AC sont régulièrement et continuellement cités à titre de précédents dans d'autres instances relatives à un AC. Ces arrêts sont également cités à titre de précédents dans d'autres types de litiges en matière de brevets. Voir, par exemple, *Calgon Carbon Corp. c. North Bay (Ville)*, 2006 CF 1373, [2006] A.C.F. n° 1719, aux paragraphes 125 et 126; *Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientific Ltd.*, 2004 CF 1672, [2004] A.C.F. n° 2040, aux paragraphes 52, 75 et 97; *Jay-Lor International Inc. c. Penta Farm Systems Ltd.*, 2007 CF 358, [2007] A.C.F. n° 688, aux paragraphes 74 et 77; *Wessel c. Energy Rentals Inc.*, 2004 CF 791, [2004] A.C.F. n° 952, au paragraphe 21; *Varco Canada Ltd. c. Pason Systems Corp.*, 2006 CAF 100, [2006] A.C.F. n° 375, au paragraphe 4.

[54] Les juges de la Cour fédérale s'appuient régulièrement également sur des décisions rendues par cette cour lorsqu'ils sont saisis d'instances relatives à un AC pour connaître la teneur du droit des brevets qui s'appliquent à ces instances et aux autres. À cet égard, voir, par exemple, *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283, [2005] A.C.F. n° 1259, au paragraphe 364, et *Pfizer*

*Canada Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CF 446, [2007] A.C.F. n° 596, au paragraphe 31, où les juges de la Cour fédérale ont appliqué, par courtoisie judiciaire, les principes du droit des brevets formulés par des juges de cette cour dans des instances relatives à un AC.

[55] De la même façon, je suppose que, tant qu'elle ne sera pas annulée ou périmée, le Bureau des brevets considérera que la décision faisant l'objet du présent appel énonce le droit applicable aux brevets de sélection et étudiera les demandes en conséquence.

[56] Comme il s'agit d'un exposé du droit faisant autorité, la décision faisant l'objet du présent appel met en doute la validité de tous les brevets de sélection qui ne divulguent pas de données comparatives au soutien de l'avantage inattendu ou surprenant revendiqué dans le brevet, que la décision soit finalement confirmée ou infirmée. L'effet d'une décision sur un point de droit ne touche pas toujours seulement les parties. La décision faisant l'objet du présent appel n'est donc pas unique. Ce qui la distingue des autres, c'est qu'elle soulève un doute quant au fait que les brevets de sélection forment une catégorie. Toute personne prudente détenant un brevet de sélection relira désormais son brevet afin de voir s'il pourrait être contesté en raison de l'insuffisance des renseignements qu'il renferme. Il n'est pas nécessaire de savoir précisément combien de titulaires de brevet de sélection décideront qu'ils ont un problème pour conclure que la question a des répercussions importantes sur les titulaires de brevet de sélection.

[57] À mon avis, l'incertitude concernant la validité des brevets de sélection qui ne renferment pas de données comparatives n'est pas souhaitable et devrait être réglée le plus rapidement possible.

Je ne pense pas que l'état du dossier devrait nous empêcher d'entendre l'appel maintenant. Si l'AC n'avait pas été délivré, nous aurions entendu l'appel en nous appuyant sur le dossier dont nous disposons maintenant.

[58] En ce qui concerne la question du coût social, j'aimerais simplement dire que je ne vois pas comment l'incertitude créée par la décision faisant l'objet du présent appel pourrait ne pas nuire à l'efficacité du processus décisionnel dans l'industrie pharmaceutique, ou dans toute autre industrie concernée par la protection offerte par les brevets. Si la validité d'une catégorie de brevets est incertaine, les brevets de cette catégorie auront moins de valeur, ce qui est incompatible avec la raison pour laquelle les brevets de sélection existent : encourager les inventeurs à exploiter pleinement l'objet de leurs brevets.

[59] À mon avis, les observations faites par la Cour dans *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltée*, 2005 CAF 6, [2005] A.C.F. n° 1196, n'établissent pas une norme quant à la détermination du coût social. Je peux seulement me référer aux remarques formulées par la Cour suprême du Canada sur la question du coût social dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 21 :

21 De plus, pour décider s'il convient d'entendre une affaire théorique, les tribunaux doivent soupeser les ressources judiciaires limitées en fonction du « coût social de l'incertitude du droit » (*Borowski*, précité, p. 361). Or, l'incertitude quant aux réparations permises par la *Charte* entraîne un coût social élevé. La *Charte* vise à protéger ceux qui sont le plus exposés aux dangers de la règle de la majorité; cet aspect des objectifs de la *Charte* ressort clairement des dispositions protégeant les droits à l'instruction dans la langue officielle parlée par la minorité. Si la Cour ne tranche pas cette question et que, de ce fait, les tribunaux ne comprennent pas bien les moyens dont ils disposent pour garantir que le comportement du gouvernement respecte la *Charte*, il est évident que la protection des droits garantis par la *Charte*

risque d'être incomplète. C'est pourquoi il est justifié d'affecter des ressources judiciaires à l'examen de la présente affaire malgré la possibilité qu'elle soit devenue théorique. La décision de la Cour fournira des repères pour l'analyse de l'importante question de la nature et de l'étendue des réparations fondées sur l'art. 24 de la *Charte* qui doivent être accordées dans des affaires similaires.

[60] Le raisonnement qui a amené la Cour suprême à décider que le refus d'entendre l'appel avait un coût social n'avait rien à voir avec la preuve, mais tout à voir avec son opinion sur les conséquences probables de son inaction. Les choses ne sont pas différentes en l'espèce.

[61] Pour ces motifs, j'estime que nous devrions exercer notre pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel, même si celui-ci est devenu théorique. Je rejeterais donc la requête avec dépens.

« J. D. Denis Pelletier »

---

Juge

Traduction certifiée conforme

David Aubry, LL.B.

**COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**INTITULÉ :** A-274-07

**(REQUÊTE PRÉSENTÉE PAR L'INTIMÉE (NOVOPHARM) AFIN QUE SOIT REJETÉ L'APPEL INTERJETÉ À L'ENCONTRE D'UNE ORDONNANCE RENDUE PAR LE JUGE HUGHES EN DATE DU 5 JUIN 2007, DOSSIER : T-1532-05, AU MOTIF QU'IL EST DEvenu THÉORIQUE)**

**INTITULÉ :** ELI LILLY CANADA INC.  
c.  
NOVOPHARM LIMITED, LE MINISTRE DE  
LA SANTÉ ET ELI LILLY AND COMPANY  
LIMITED

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

**DATE DE L'AUDIENCE :** LE 5 NOVEMBRE 2007

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

**Y A SOUSCRIT :** LE JUGE RYER

**MOTIFS DISSIDENTS :** LE JUGE PELLETIER

**DATE DES MOTIFS :** LE 6 NOVEMBRE 2007

**COMPARUTIONS :**

Anthony G. Creber  
Cristin Wagner

POUR L'APPELANTE

Jonathan Stainsby  
Andrew Skodyn  
Andy Radhakant  
Neil Finebery

POUR L'INTIMÉE

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Gowling La Fleur Henderson LLP  
Avocats  
Ottawa (Ontario)

POUR L'APPELANTE

Heenan Blaikie LLP  
Avocats  
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉE

**Date : 20071106**

**Dossier : A-274-07**

**Toronto (Ontario), le 6 novembre 2007**

**CORAM : LE JUGE SEXTON  
LE JUGE PELLETIER  
LE JUGE RYER**

**ENTRE :**

**ELI LILLY CANADA INC.**

**appelante**

**et**

**NOVOPHARM LIMITED**

**intimée**

**et**

**LE MINISTRE DE LA SANTÉ**

**intimé**

**et**

**ELI LILLY AND COMPANY LIMITED**

**intimée/brevetée**

**JUGEMENT**

L'appel est rejeté avec dépens.

« J. Edgar Sexton »

---

Juge

Traduction certifiée conforme

David Aubry, LL.B.



**Date : 20071106**

**Dossier : A-274-07**

**Toronto (Ontario), le 6 novembre 2007**

**CORAM : LE JUGE SEXTON  
LE JUGE PELLETIER  
LE JUGE RYER**

**ENTRE :**

**ELI LILLY CANADA INC.**

**appelante**

**et**

**NOVOPHARM LIMITED**

**intimée**

**et**

**LE MINISTRE DE LA SANTÉ**

**intimé**

**et**

**ELI LILLY AND COMPANY LIMITED**

**intimée/brevetée**

**ORDONNANCE**

La requête en rejet de l'appel au motif qu'il est devenu théorique est accueillie avec dépens.

« J. Edgar Sexton »

\_\_\_\_\_  
Juge

Traduction certifiée conforme

David Aubry, LL.B.