

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20220804

Dossiers : A-158-20
A-165-20

Référence : 2022 CAF 141

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LA JUGE GLEASON
LA JUGE MACTAVISH
LA JUGE ROUSSEL**

ENTRE :

**GEMAK TRUST, REPRÉSENTÉE PAR SES FIDUCIAIRES
GERALD THOMAS HINTON ET ELIZABETH JANE HINTON**

appellante

et

**JEMPAK CORPORATION,
JEMPAK GK INC.**

intimées

Audience tenue à Toronto (Ontario), le 12 mai 2022.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 4 août 2022.

VERSION PUBLIQUE DES MOTIFS DU
JUGEMENT :

LA JUGE MACTAVISH

Y ONT SOUSCRIT :

LA JUGE GLEASON
LA JUGE ROUSSEL

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20220804

Dossiers : A-158-20
A-165-20

Référence : 2022 CAF 141

**CORAM : LA JUGE GLEASON
LA JUGE MACTAVISH
LA JUGE ROUSSEL**

ENTRE :

**GEMAK TRUST, REPRÉSENTÉE PAR SES FIDUCIAIRES
GERALD THOMAS HINTON ET ELIZABETH JANE HINTON**

appelante

et

**JEMPAK CORPORATION,
JEMPAK GK INC.**

intimées

VERSION PUBLIQUE DES MOTIFS DU JUGEMENT

LA JUGE MACTAVISH

[1] GEMAK TRUST (GEMAK) est la titulaire de deux brevets revendiquant des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive. Dans une décision portant le numéro de référence 2020 CF 644, la Cour fédérale a rendu un jugement sommaire par lequel elle a rejeté l'action en contrefaçon de brevet intentée par GEMAK contre Jempak Corporation et

Jempak GK Inc. (collectivement, Jempak). GEMAK interjette appel de ce jugement, alléguant que la Cour fédérale a commis des erreurs en tirant la conclusion que l'affaire ne soulevait pas de véritables questions litigieuses.

[2] Entre autres choses, GEMAK affirme que la Cour fédérale a commis une erreur en interprétant une revendication relative à une préparation de matières comme limitant implicitement le procédé, et en parvenant à cette interprétation en se fondant sur des informations contenues dans d'autres brevets.

[3] GEMAK affirme également que la Cour fédérale a commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité qui n'avaient pas leur place dans une requête en jugement sommaire.

[4] GEMAK soutient en outre que la Cour fédérale a commis une erreur dans sa compréhension de ce qui constitue une connaissance générale courante, et en rejetant les éléments de preuve présentés par GEMAK pour réfuter les résultats d'essais déposés en preuve par Jempak pour démontrer l'absence de contrefaçon. La Cour a rejeté les éléments de preuve présentés par GEMAK au motif qu'il ne s'agissait pas de témoignages offerts par un témoin correspondant à la description de la personne versée dans l'art à qui s'adressaient les brevets en cause.

[5] GEMAK interjette également appel de l'adjudication des dépens faite par la Cour fédérale en faveur de Jempak.

[6] Il n'est pas nécessaire de traiter de tous les arguments de GEMAK, même si le silence de la Cour sur ces questions ne doit pas être interprété comme une acceptation ou un rejet de ces arguments. Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que la Cour fédérale a bien commis une erreur en tirant à tort des conclusions en matière de crédibilité dans le cadre d'une requête en jugement sommaire. Ces conclusions ont influé sur l'appréciation faite par la Cour des éléments de preuve qui lui avaient été présentés, et plus précisément, des témoignages concernant l'interprétation de l'expression [TRADUCTION] « mélange encapsulant » sur laquelle repose la conclusion d'absence de contrefaçon qu'a tirée la Cour fédérale. La conclusion de notre Cour sur cette question est donc déterminante quant à l'issue de l'appel.

[7] Toutefois, la Cour fédérale a également commis une erreur dans sa compréhension de ce qui constitue des « connaissances générales courantes », et dans son évaluation des éléments de preuve portant sur les essais réalisés sur les produits détergents de Jempak. En conséquence, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement rendu par la Cour fédérale, et j'ordonnerais que la présente affaire soit instruite.

[8] Compte tenu de l'issue proposée quant à l'appel principal, j'accueillerais également l'appel à l'encontre de l'adjudication des dépens faite par la Cour fédérale, et j'accorderais à GEMAK ses dépens devant notre Cour et devant la Cour fédérale, en plus des intérêts sur les sommes versées par GEMAK à Jempak en réponse à l'adjudication des dépens faite par la Cour fédérale.

I. Contexte

[9] Jempak met au point, fabrique et vend des dosettes de détergent pour les lave-vaisselle. GEMAK est la titulaire de deux brevets revendiquant des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive.

[10] En juillet 2018, GEMAK a introduit une action contre Jempak devant la Cour fédérale pour contrefaçon des brevets canadiens n^{os} 2 276 428 et 2 337 069 (collectivement appelés « les brevets »). Les brevets concernent des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive pouvant être incorporées dans un sachet fait d'un film hydrosoluble à compartiment unique, autrement dit une dosette de détergent monodose. Les revendications invoquées concernent généralement un granulé de percarbonate encapsulé ou une préparation détergente pour le lave-vaisselle contenant des granulés de percarbonate encapsulés. Le percarbonate est un agent de blanchiment qui s'oxyde dans l'eau.

[11] Deux revendications indépendantes exigent que le percarbonate soit [TRADUCTION] « encapsulé » par un [TRADUCTION] « mélange » comprenant de la carboxyméthylcellulose [CMC] et deux autres ingrédients. Plus précisément, la revendication 1 du brevet 069 est libellée de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Préparation détergente comprenant du percarbonate granulé et un mélange qui encapsule le percarbonate, le mélange étant constitué de sulfate, de carboxyméthylcellulose et d'un tensioactif non ionique, ladite préparation comprenant entre 1 % et 15 % de percarbonate, et ladite préparation détergente comprenant en outre du métasilicate de sodium et ne comprenant pas de zéolite, de perborate ou de phosphate, ladite préparation étant formulée pour être

conservée pendant au moins neuf mois dans un emballage en film PVA hydrosoluble [non souligné dans l'original].

[12] La revendication 10 du brevet 428 est libellée de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Granulé de percarbonate encapsulé destiné à être utilisé dans les produits détergents pouvant être conservés dans un emballage en film PVA, le granule comprenant du percarbonate et un mélange encapsulant le percarbonate, dans lequel le mélange comprend un sulfate, de la carboxyméthylcellulose et un tensioactif non ionique [non souligné dans l'original].

II. Requête en jugement sommaire déposée par Jempak

[13] Jempak a déposé une requête en jugement sommaire, demandant que l'action en contrefaçon introduite par GEMAK soit rejetée pour absence de contrefaçon. À titre subsidiaire, elle demandait un procès sommaire sur la question de la contrefaçon.

[14] Selon Jempak, lorsque les termes [TRADUCTION]« encapsulant » ou [TRADUCTION]« capsule » et [TRADUCTION]« mélange » sont interprétés correctement, il est incontesté qu'il n'y a pas de contrefaçon des brevets de GEMAK, puisque les produits de Jempak ne contiennent pas de CMC dans le mélange qui capsule les granules de percarbonate.

[15] Pour appuyer sa thèse, Jempak a déposé le témoignage d'expert de M^{me} Heliana Kola, une consultante dans le domaine de la formulation de détergents et de la chimie. M^{me} Kola est titulaire d'un doctorat en chimie, et travaille dans le domaine des détergents depuis 20 ans.

[16] GEMAK a répondu à la requête de Jempak en déposant les témoignages d'experts de M. Patrick Tishmack, de M^{me} Gayle Frankenbach et de M. Colin Nuckolls. M. Tishmack est titulaire d'un doctorat en chimie-biochimie, et il supervise toutes les activités d'AMRI, un laboratoire d'essais de chimie analytique. M^{me} Frankenbach est titulaire d'un doctorat en chimie organique physique et travaille à titre de scientifique dans le domaine de la recherche et du développement de détergents chez Procter & Gamble depuis plus de 27 ans. M. Nuckolls est titulaire d'un doctorat en chimie et est professeur à l'Université Columbia, où il a agi à titre de chef du département de chimie.

[17] M^{me} Kola et M^{me} Frankenbach ont chacune fourni un témoignage concernant l'interprétation des revendications des brevets en litige dans la présente instance, les caractéristiques de la personne versée dans l'art, et les connaissances générales courantes de la personne versée dans l'art.

[18] Il n'y avait pas de différend notable entre les experts concernant les caractéristiques de la personne versée dans l'art. Même si M^{me} Frankenbach n'était pas entièrement d'accord avec la description qu'a faite M^{me} Kola de la personne versée dans l'art, elle a affirmé que son opinion ne changerait pas même si l'on devait adopter la description donnée par M^{me} Kola. Comme l'a conclu la Cour fédérale, la personne versée dans l'art « est une personne détenant au moins un B.Sc. en chimie et deux à trois ans d'expérience pratique en formulations de détergents, ou une personne ayant au moins huit ans d'expérience en formulations de détergents ».

[19] Les deux experts étaient également passablement d'accord quant aux connaissances générales courantes de la personne versée dans l'art. À cet égard, M^{me} Kola a affirmé que les connaissances générales courantes de la personne versée dans l'art comprenaient des connaissances préalables sur les tensioactifs, les adjuvants, les agents de blanchiment, les enzymes et les charges – tous des ingrédients utilisés dans les détergents pour lave-vaisselle automatiques.

[20] M^{me} Kola a en outre affirmé que le percarbonate est un agent de blanchiment courant qui est utilisé dans les détergents pour lave-vaisselle, et qui est susceptible de se décomposer lorsqu'il est exposé à l'humidité. Elle a également affirmé que l'acide éthylènediaminetétraacétique (ou EDTA) est un activateur courant utilisé dans les détergents pour lave-vaisselle, et qu'il est très sensible et se dégrade rapidement lorsqu'il est mélangé aux ingrédients solides d'un détergent. M^{me} Kola a en outre souligné que ■ de Jempak est acheté avec un enrobage contenant de la CMC.

[21] Enfin, M^{me} Kola a affirmé que les enzymes constituent un élément courant des détergents pour lave-vaisselle qui accélèrent et améliorent le procédé de nettoyage, mais qu'ils se dégradent avec le temps, surtout lorsqu'ils sont en contact avec les ingrédients des détergents.

[22] Selon M^{me} Kola, la personne versée dans l'art comprendrait également que l'encapsulation du percarbonate, de la manière décrite dans les brevets, nécessite un processus d'encapsulation, qu'on ne pourrait réaliser en se contentant de mélanger à sec le percarbonate et l'ingrédient d'encapsulation. L'encapsulation d'un ingrédient nécessite une réaction physique

rendue possible par des liants ou des agents mouillants, et se produit en présence du mélange d'encapsulation et de l'ingrédient à encapsuler uniquement.

[23] M^{me} Frankenbach s'est dite d'accord « en général » avec le résumé fait par M^{me} Kola des connaissances générales courantes de la personne versée dans l'art. Toutefois, elle s'est dite en désaccord avec l'affirmation de M^{me} Kola, selon laquelle l'encapsulation du percarbonate, de la manière décrite dans les brevets, nécessite un processus d'encapsulation, qu'on ne pourrait réaliser en se contentant de mélanger à sec des ingrédients bruts.

[24] M^{me} Frankenbach a souligné qu'il était généralement connu que les particules d'EDTA et les granulés de percarbonate encapsulés ont une texture rugueuse, inégale, poreuse, ce qui les rend sensibles à l'humidité (c.-à-d. à l'humidité contenue dans l'air ou l'eau ajoutée). Cette humidité fait que les particules deviennent collantes et adhèrent aux matériaux entrant en contact avec ces dernières, ou y laissent des résidus, et l'agitation du mélange se produisant durant le procédé de fabrication peut accroître la probabilité de ce comportement d'adhérence.

[25] M^{me} Frankenbach a en outre affirmé que les particules d'EDTA sont friables, ce qui signifie qu'elles peuvent se désagréger durant le traitement, et que la CMC peut ainsi être transférée sur d'autres particules, comme les granulés de percarbonate.

[26] En ce qui concerne l'interprétation de la revendication 1 du brevet 069 et de la revendication 10 du brevet 428, les seules expressions figurant dans les revendications invoquées

qui devaient être interprétées étaient [TRADUCTION] « un mélange encapsulant un percarbonate » et [TRADUCTION] « un mélange qui encapsule le percarbonate ».

[27] M^{me} Kola et M^{me} Frankenbach ont convenu que la personne versée dans l'art comprendrait que les expressions « un mélange encapsulant un percarbonate » et « un mélange qui encapsule le percarbonate » (expressions qui ont la même signification et sont utilisées de manière interchangeable) font référence à un mélange qui protège le percarbonate et l'empêche de se décomposer avant qu'il ne soit activé dans le lave-vaisselle. Les parties ont en outre convenu que les revendications pertinentes des brevets concernaient les préparations plutôt que les procédés.

[28] Toutefois, M^{me} Kola et M^{me} Frankenbach n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si le « mélange encapsulant un percarbonate » et le « mélange qui encapsule le percarbonate » exigeaient que l'enrobage des perles de percarbonate constitue « une barrière uniforme et complète autour du percarbonate de sodium ». M^{me} Frankenbach n'était pas d'accord avec cette idée, dans la mesure où c'était bien là ce qu'affirmait M^{me} Kola.

[29] M^{me} Kola a affirmé que la CMC dans le mélange encapsulant le percarbonate était essentielle au bon fonctionnement des inventions des brevets, et constituait un élément essentiel des revendications invoquées. Même si M^{me} Frankenbach n'était pas explicitement d'accord avec cette proposition, elle s'est dite prête à l'accepter pour les fins de la requête.

[30] De plus, M^{me} Kola a affirmé que [TRADUCTION] « l'encapsulation [...] assure la stabilité du percarbonate et l'empêche de se décomposer prématurément avant son utilisation », et que [TRADUCTION] « les mélanges d'encapsulation sont habituellement très solubles dans l'eau, de telle sorte que l'ingrédient actif puisse être rapidement activé au contact de l'eau durant le lavage automatique de la vaisselle ». M^{me} Kola a de plus indiqué que [TRADUCTION] « la CMC qui est présente dans le mélange encapsulant le percarbonate agit comme une barrière sélective le protégeant de l'humidité du détergent et empêchant l'eau d'entrer en contact avec le percarbonate ».

[31] Selon M^{me} Frankenbach, le mélange encapsulant n'a pas besoin de constituer « une barrière uniforme et complète autour du percarbonate de sodium », comme on l'a souligné un peu plus tôt.

[32] M^{me} Frankenbach a également affirmé que le libellé des revendications [TRADUCTION] « n'exige pas de quantités ou de fonctions particulières des composants requis dans le mélange », y compris la CMC. De l'avis de M^{me} Frankenbach, un granulé « encapsulé » est [TRADUCTION] « un granulé où les ingrédients autres que le percarbonate entourent et protègent le percarbonate ». M^{me} Frankenbach a en outre affirmé qu'à son avis, [TRADUCTION] « un mélange encapsulant le percarbonate » pourrait inclure du matériel transféré au mélange encapsulant après l'ajout du percarbonate à la préparation détergente.

[33] En contre-interrogatoire, M^{me} Frankenbach a rejeté l'idée avancée par l'avocat des intimées, selon laquelle la personne versée dans l'art comprendrait que les composants du

mélange encapsulant les granulés de percarbonate devaient être incorporés au mélange grâce à un procédé particulier à un moment donné. M^{me} Frankenbach a affirmé que les brevets n'exigent pas que les composants du mélange encapsulant soient incorporés au mélange avant que les granulés de percarbonate ne soient ajoutés à la préparation détergente.

[34] Les deux expertes étaient également en désaccord quant à la question de la contrefaçon, plus précisément quant à la question de savoir si les granulés de percarbonate de sodium dans les produits détergents de Jepak sont encapsulés dans un mélange encapsulant contenant de la CMC.

[35] M^{me} Kola a affirmé que, même si l'enrobage sur le [REDACTED] devait se dégrader durant le procédé de fabrication ou une fois le produit détergent emballé, la CMC présente dans ces enrobages ne serait pas incorporée à l'enrobage préexistant entourant les granulés de percarbonate. Les ingrédients provenant de la dégradation de l'enrobage demeureraient plutôt dans le détergent en vrac sous la forme d'une poudre.

[36] M^{me} Frankenbach n'était pas d'accord avec la conclusion de M^{me} Kola, affirmant que M^{me} Kola avait omis de tenir compte de plusieurs étapes dans le procédé de fabrication qui introduiraient le [REDACTED] dans les produits de Jepak et rendraient l'enrobage autour du percarbonate et du [REDACTED] plus adhérents. M^{me} Frankenbach a également affirmé que M^{me} Kola avait en outre omis de tenir compte du caractère friable de [REDACTED].

[37] Selon M^{me} Frankenbach, la CMC provenant de ■ contenu dans les produits de Jempak ou provenant d'autres sources est transférée aux perles de percarbonate durant le procédé de fabrication, et devient partie intégrante du mélange qui encapsule le percarbonate. En conséquence, M^{me} Frankenbach était d'avis que les produits détergents de Jempak contiennent un mélange encapsulant contenant de la CMC.

[38] M^{me} Kola a été chargée de mettre au point une méthode d'analyse et de diriger des analyses basées sur cette méthode afin de déterminer si le percarbonate acheté par Jempak et ses formulations de détergent comprennent un [TRADUCTION] « mélange qui encapsule le percarbonate » contenant de la CMC, comme revendiqué dans les brevets 428 et 069.

[39] M^{me} Kola a fourni des éléments de preuve concernant les analyses à l'antrone qu'elle a menées pour déterminer s'il y avait de la CMC dans le mélange qui encapsule les perles de percarbonate dans les préparations détergentes de Jempak ou dans les matières premières qu'elle achète. M^{me} Kola a affirmé que ces analyses démontraient que les matières premières de percarbonate fournies à Jempak par des tiers ne contenaient pas de CMC détectable dans leur enrobage. Un agent du fournisseur de percarbonate de Jempak a confirmé que le percarbonate encapsulé vendu à Jempak ne contenait pas de CMC dans sa formule, ni dans son enrobage protecteur.

[40] Tout en reconnaissant que les préparations détergentes commercialisées par Jempak contenaient bien de la CMC, M^{me} Kola a affirmé que la CMC dans les préparations détergentes de Jempak provient de l'enrobage de ■ et de ■, et non de l'enrobage entourant le

percarbonate. Comme je l'ai souligné plus tôt, l'EDTA est un agent de blanchiment qui est activé par l'humidité.

[41] M^{me} Frankenbach a examiné les renseignements fournis par Jempak concernant la composition de ses granulés de percarbonate (et de ses préparations détergentes) et a souligné que le percarbonate utilisé par Jempak est constitué de [REDACTED]. M^{me} Frankenbach a en outre souligné que le [REDACTED] de Jempak contient de la [REDACTED] CMC, le [REDACTED] étant un aggloméré dans lequel la CMC agit comme un agent agglutinant, et que les préparations détergentes de Jempak contiennent du [REDACTED], qui contient souvent de la CMC.

[42] D'après son examen de la manière avec laquelle Jempak fabrique et emmagasine ses préparations détergentes, et en raison de l'exposition importante des préparations à [REDACTED], M^{me} Frankenbach a conclu que la CMC dans le [REDACTED] ou le [REDACTED] est transférée aux granulés de percarbonate de sodium encapsulés présents dans les préparations détergentes de Jempak et y adhère.

[43] M^{me} Frankenbach a demandé qu'une expérience de transfert soit menée, laquelle a montré que l'exposition du [REDACTED] et du percarbonate de sodium à l'humidité et le mélange des particules entraînaient un transfert visible de [REDACTED] au percarbonate de sodium. Ainsi, il n'était pas difficile à M^{me} Frankenbach de conclure que la CMC est transférée du [REDACTED] (ou des autres composants contenant de la CMC) au percarbonate de sodium dans les produits détergents de Jempak, et devient ainsi partie intégrante du mélange qui encapsule les granulés de percarbonate de sodium, contrefaisant ainsi les brevets de GEMAK.

[44] M. Tishmack a fourni des éléments de preuve indiquant que les méthodes d'essai utilisées par M^{me} Kola étaient désuètes, et qu'elles ont été largement remplacées par des techniques plus précises et plus sensibles capables de détecter de plus faibles niveaux de CMC dans un mélange. En fait, M^{me} Kola a reconnu en contre-interrogatoire qu'il existe maintenant des méthodes d'essai qui sont plus sensibles que les méthodes auxquelles elle a eu recours pour détecter la présence de CMC dans le mélange qui encapsule le percarbonate dans les préparations détergentes de Jempak.

[45] M. Tishmack a aussi souligné que certains composés (comme le [REDACTED]) connus pour être présents en quantités importantes dans les produits détergents de Jempak auraient dû entrer en réaction dans les analyses à l'antrone de M^{me} Kola, mais ne l'ont pas fait. Selon M. Tishmack, cela démontrait le manque de sensibilité des méthodes d'essai employées par M^{me} Kola, et que ses conclusions concernant l'absence de CMC dans les préparations détergentes de Jempak étaient sans fondement.

[46] GEMAK a demandé à M. Nuckolls de mettre au point une méthode pour identifier les perles de percarbonate présentes dans les produits détergents pour lave-vaisselle de Jempak, et de les analyser afin de déterminer si la CMC entourait le noyau de percarbonate. M. Nuckolls a utilisé des techniques de chimie analytique modernes, comme la spectroscopie Raman et la chromatographie en phase liquide couplée à la spectrométrie de masse, pour tester les préparations détergentes de Jempak. D'après cet essai, M. Nuckolls a conclu que les produits détergents monodose pour lave-vaisselle de Jempak [TRADUCTION] « contiennent des perles de percarbonate de sodium dont le noyau de percarbonate est entouré de [CMC] ».

III. La décision de la Cour fédérale

[47] La Cour fédérale a déterminé que les questions soulevées dans le cadre de la requête en jugement sommaire étaient les suivantes : premièrement, quel sens doit-on donner aux expressions « mélange qui encapsule le percarbonate » et « mélange encapsulant le percarbonate »?; deuxièmement, la question de savoir si un mélange contenant de la CMC encapsule les granulés de percarbonate utilisés dans les produits détergents de Jempak est-elle une véritable question litigieuse?

[48] La Cour fédérale a reconnu avoir généralement été réticente à rendre un jugement sommaire dans les actions en contrefaçon de brevet, en grande partie parce que ces instances reposent sur l'évaluation de la preuve d'expert et la crédibilité des témoins experts. Toutefois, elle a conclu qu'en l'espèce, il n'y avait pas de conflit important dans les témoignages d'opinion. Selon la Cour fédérale, M^{me} Kola a été le seul témoin à fournir une interprétation éclairée et téléologique de la revendication en question, du point de vue d'une personne versée dans l'art, et son témoignage sur les connaissances générales courantes n'a pas été contesté.

[49] La Cour fédérale a conclu que la personne versée dans l'art comprendrait, à partir des revendications, que la présence de CMC dans le mélange encapsulant est un élément essentiel des revendications indépendantes invoquées. Elle a de plus conclu que les brevets apprennent à la personne versée dans l'art à encapsuler le percarbonate avant son ajout à la préparation détergente. Bien qu'elle ait conclu que le moment de l'encapsulation du percarbonate par un mélange d'ingrédients soit une question clé, la Cour fédérale a affirmé qu'aucun des experts de

GEMAK n'avait interprété le terme « encapsuler » ou même pris en compte les brevets dans la préparation de leurs affidavits en réponse. Selon la Cour fédérale, GEMAK « a plutôt choisi de se réfugier derrière des arguments selon lesquels Jempak ne s'est pas acquittée de son fardeau ».

[50] La Cour fédérale a choisi de ne pas étudier l'argument de GEMAK selon lequel l'interprétation proposée par Jempak des revendications pertinentes exigeait l'inclusion de limites quant au procédé et au temps dans les revendications relatives au produit, argument dont elle avait l'obligation de tenir compte selon GEMAK : *Apotex Inc. c. AstraZeneca Canada Inc.*, 2017 CAF 9, par. 44.

[51] GEMAK avait proposé l'interprétation suivante concernant les termes en question : [TRADUCTION] « [u]n mélange de substances qui enrobe et protège le percarbonate et l'empêche de se décomposer avant qu'il ne soit activé dans le lave-vaisselle »; cette interprétation couvrirait l'incorporation de la CMC dans un enrobage de percarbonate préexistant. Autrement dit, GEMAK soutenait que les revendications portent sur un granulé de percarbonate sans CMC dans l'enrobage protecteur qui est ensuite mélangé dans une formulation détergente avec la CMC présente comme composant d'autres ingrédients, où la CMC se combine alors avec le granulé de percarbonate, y adhère ou l'entoure.

[52] La Cour fédérale a rejeté l'interprétation proposée par GEMAK, tirant la conclusion que le libellé des revendications et la divulgation du brevet 428 portent à croire que l'encapsulation du percarbonate se produit avant l'ajout du percarbonate encapsulé au mélange de détergent en

vrac. Le mélange encapsulant est donc un mélange unique, plutôt que des ingrédients ajoutés pour protéger ou enrober le percarbonate à différents stades de la formulation du détergent.

[53] Selon la Cour fédérale, la personne versée dans l'art comprendrait que l'encapsulation du percarbonate, de la manière envisagée par les brevets, nécessite une combinaison ou un mélange minutieux des ingrédients d'encapsulation dans un procédé d'encapsulation. La personne versée dans l'art comprendrait également que l'encapsulation ne peut pas être réalisée par un mélange à sec des ingrédients bruts et nécessite une réaction physique rendue possible par des liants ou des agents mouillants et qui n'est réalisée qu'en présence du mélange d'encapsulation et du granulé à encapsuler. En d'autres mots, l'encapsulation fait référence à un enrobage protecteur (un mélange) qui est appliqué sur le percarbonate pendant sa fabrication pour maintenir la stabilité du percarbonate et l'empêcher de se décomposer prématurément avant son utilisation.

[54] Pour en arriver à cette conclusion, la Cour fédérale a rejeté le témoignage de M^{me} Frankenbach dans sa totalité.

[55] La Cour fédérale a affirmé que M^{me} Frankenbach avait admis en contre-interrogatoire qu'elle n'avait pas tenu compte des connaissances générales courantes quand elle a examiné le libellé des revendications et qu'elle s'était seulement penchée sur les brevets, ce qui soulevait la question de savoir comment elle aurait acquis les connaissances nécessaires pour se prononcer sur la manière dont la personne versée dans l'art comprendrait les revendications. Cela a également miné son opinion selon laquelle les granulés de percarbonate de sodium dans les produits détergents de Jepak contiennent un mélange encapsulant qui comprend de la CMC.

[56] Plus précisément, la Cour fédérale a conclu que « M^{me} Frankenbach a mal compris son rôle en tant que témoin indépendant [et qu'] [e]lle s'est conduite comme une défenseure plutôt que comme une experte neutre et objective tentant d'aider la Cour ». La Cour fédérale a donc conclu que « M^{me} Frankenbach n'a pas fourni des avis justes, objectifs et non partisans, ce qui a fini par entacher l'ensemble de son témoignage ». En conséquence, la Cour fédérale n'a accordé que peu de poids, voire aucun poids, à son témoignage, ne laissant à la Cour que le témoignage de M^{me} Kola.

[57] En ce qui concerne la question de la contrefaçon, la Cour fédérale a conclu que les critiques exprimées par M. Tishmack à propos de la méthode de M^{me} Kola étaient sans fondement, et étaient basées sur son « expérience rigoureuse » en tant que chimiste analytique pour des clients de l'industrie pharmaceutique. La Cour fédérale a de plus conclu qu'il n'avait aucune expérience en formulations de détergents et n'avait pas « donné d'avis du point de vue de la personne versée dans l'art des brevets ».

[58] En ce qui concerne le témoignage de M. Nuckolls, selon lequel les produits détergents monodose pour lave-vaisselle de Jempak [TRADUCTION] « contiennent des perles de percarbonate de sodium dont le noyau de percarbonate est entouré de [CMC] », la Cour fédérale a souligné qu'il avait concédé, lors du contre-interrogatoire, que son analyse d'essai consistait à dissoudre les perles de percarbonate de Jempak. Une fois les échantillons dissous, il n'y avait aucune façon de conclure à quel endroit la CMC détectée se trouvait sur l'échantillon. Son témoignage établissait simplement que la CMC était présente sur ou autour des granules de percarbonate de Jempak, et n'établissait pas la présence de CMC dans le mélange d'encapsulation.

[59] La Cour fédérale a conclu que Jempak s'était acquittée du fardeau qui lui incombait d'établir que, selon la prépondérance des probabilités, ses produits ne contrefaisaient pas les revendications invoquées dans les brevets et que GEMAK n'avait donc pas démontré qu'il existait une véritable question litigieuse portant sur la contrefaçon. Par conséquent, la Cour a accueilli la requête en jugement sommaire de Jempak, et a rejeté l'action intentée par GEMAK, avec dépens.

[60] Avant d'examiner les observations des parties sur la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en accordant un jugement sommaire dans cette affaire, je traiterai d'abord des principes régissant les requêtes en jugement sommaire devant la Cour fédérale.

IV. Principes régissant les requêtes en jugement sommaire

[61] Je comprends que les deux parties sont d'accord avec le résumé des principes régissant les requêtes en jugement sommaire devant la Cour fédérale que j'ai donné dans la décision *Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.*, 2018 CF 1112, par. 24 à 40 (citée avec l'approbation de notre Cour dans l'arrêt *ViiV Healthcare Co. c. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2021 CAF 122, par. 39 (arrêt *ViiV Healthcare*)).

[62] Comme je l'ai souligné dans la décision *Milano*, le jugement sommaire a pour objet de permettre à la Cour de statuer sommairement sur des actions qui ne devraient pas se rendre à procès, parce qu'elles ne soulèvent pas de véritable question litigieuse qui devrait donner lieu à

un procès. Cela permet d'épargner ainsi les ressources judiciaires limitées et d'améliorer l'accès à la justice : voir également l'arrêt *Canmar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, par. 23.

[63] Même si les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large, la procédure employée doit permettre à la Cour de dégager les faits nécessaires au règlement du litige et d'appliquer les principes juridiques pertinents aux faits établis : décision *Milano*, précitée, par. 29, renvoyant à l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, par. 5, 28.

[64] La Cour suprême a affirmé qu'il n'existe aucune véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès lorsque la demande n'a pas de fondement juridique ou lorsque le juge dispose de la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige : décision *Milano*, précitée, par. 31; arrêt *Hryniak*, précité, par. 66; *Manitoba c. Canada*, 2015 CAF 57, par. 15.

[65] Les *Règles des Cours fédérales*, D.O.R.S./98-106, prévoient que, lorsqu'il existe une véritable question de fait ou de droit litigieuse nécessitant un procès, les juges peuvent tenir un procès sommaire conformément aux dispositions de l'article 216 des Règles. Dans ces cas, les juges disposent de pouvoirs accrus pour trancher des questions de fait litigieuses : décision *Milano*, précitée, par. 32; arrêt *ViiV Healthcare*, précité, par. 34; arrêt *Manitoba*, précité, par. 16. Toutefois, même si l'avis de requête de Jempak indique que cette dernière a proposé la tenue d'un procès sommaire en lieu et place de sa requête en jugement sommaire, il semble que cette proposition n'a pas été retenue et que la requête a été débattue en fonction du dossier écrit.

[66] La question à se poser lors d'une requête en jugement sommaire n'est pas de savoir si une partie n'a aucune chance d'obtenir gain de cause au procès, mais plutôt si le succès de la demande est tellement douteux que celle-ci ne mérite pas d'être examinée par la Cour dans le cadre d'un éventuel procès. Ainsi, les jugements sommaires ne sont pas réservés aux affaires particulièrement claires : décision *Milano*, précitée, par. 33.

[67] Même s'il incombe à la partie requérante de démontrer qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse, les parties qui répondent à des requêtes en jugement sommaire sont également tenues de « présenter leurs meilleurs arguments » dans leur réponse : décision *Milano*, précitée, par. 34; *F. Von Langsdorff Licensing Ltd. c. S.F. Concrete Technology, Inc.*, 1999 CanLII 7912 (CF), par. 12 et 27. Selon certains, il en découle qu'une partie intimée est contrainte de « jouer atout ou risquer de perdre » : décision *Milano*, précitée, par. 35, renvoyant à la décision *Kirkbi AG c. Ritvik Holdings Inc.*, 1998, CanLII 8100 (CF), par. 18.

[68] Il est de jurisprudence constante que le tribunal saisi d'une requête en jugement sommaire ne doit pas se prononcer sur les questions de crédibilité. En règle générale, le juge qui entend et observe le témoignage principal et le contre-interrogatoire des témoins est mieux à même d'apprécier leur crédibilité et de tirer des inférences que le juge qui doit uniquement se fonder sur des affidavits et des éléments de preuve documentaires : décision *Milano*, précitée, par. 37; *TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada*, 2013 CAF 183, par. 3.

[69] Comme l'a souligné GEMAK, la difficulté à évaluer la crédibilité de témoins experts lors d'affaires complexes touchant les brevets en se fondant sur une preuve écrite volumineuse a été

longtemps reconnue comme une lacune de la procédure prévue aux termes du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, D.O.R.S./93-133, dans sa version modifiée (le Règlement AC), et comme une source régulière de frustration judiciaire : *Sanofi-Aventis Canada c. Apotex Inc.*, 2009 CF 676, par. 66; *Lundbeck Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2009 CF 146, par. 11; *Teva Canada Innovation c. Apotex Inc.*, 2014 CF 1070, par. 109; *Apotex Inc. c. Shire LLC*, 2017 CF 139, par. 39; *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2015 CF 1261, par. 15 (décision *Amgen*); *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2013 CF 142, par. 33; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2002 CFPI 931, par. 34, 51(5), 223 F.T.R. 43 (1^{re} inst.) (décision *AB Hassle*); *Hassle c. Apotex Inc.*, 2001 CFPI 530, par. 68 et 69, 204 F.T.R. 248 (1^{re} inst.).

[70] Le fait que le Règlement AC n'autorisait pas les témoignages de vive voix était une des lacunes de l'ancien régime qui ont mené aux modifications apportées au règlement en 2017 : *Pfizer Canada Inc. c. Amgen Inc.*, 2019 CAF 249, par. 23; Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, Gazette du Canada, Partie I, volume 151, n° 28, 15 juillet 2017. Le Règlement AC modifié a remplacé les demandes sommaires d'interdiction entendues en fonction du dossier papier par des actions à part entière autorisant les témoignages de vive voix dans le but de trancher de manière définitive les questions de fond liées à la contrefaçon et à l'invalidité des brevets.

[71] Les litiges devraient donc faire l'objet d'un procès lorsqu'il existe des questions sérieuses quant à la crédibilité des témoins : décision *Milano*, précitée, par. 38; *Newman c. Canada*, 2016 CAF 213, par. 57; *Suntec Environmental Inc. c. Trojan Technologies Inc.*, 2004 CAF 140, par. 20, 28 et 29; *Succession MacNeil c. Canada*, 2004 CAF 50, par. 32, 38.

[72] Cela dit, l'existence d'une apparente contradiction de preuves n'empêche pas en soi le tribunal de prononcer un jugement sommaire. Les juges doivent « se pencher de près » sur le fond de l'affaire et décider s'il y a des questions de crédibilité à trancher : décision *Milano*, précitée, par. 39; *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, [1996] 2 CF 853, par. 7, 111 F.T.R. 189 (1^{re} inst.).

[73] La Cour doit également faire preuve de prudence quand elle statue sur des requêtes en jugement sommaire, puisque le prononcé d'un jugement sommaire fera en sorte que la partie ne pourra pas présenter de preuve à l'instruction au sujet de la question litigieuse. Autrement dit, la partie qui n'a pas gain de cause perdra « la possibilité de se faire entendre en cour » : décision *Milano*, précitée, par. 40; *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2004 CF 314, par. 12, conf. par 2004 CAF 298.

[74] C'est avec cette compréhension des principes régissant les requêtes en jugement sommaire que je vais maintenant examiner les motifs d'appel soulevés par GEMAK. Comme l'essentiel des observations de GEMAK concernait son allégation selon laquelle la Cour fédérale a commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité qui n'avaient pas leur place dans une requête en jugement sommaire, je traiterai d'abord de cette question.

V. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité dans une requête en jugement sommaire?

[75] Conformément à la norme de contrôle applicable en appel, les questions de droit doivent être examinées selon la norme de la décision correcte, et les questions de fait ainsi que les

questions de droit et de fait (à l'exclusion des questions de droit isolables) doivent être examinées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante : voir l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33.

[76] En principe, la question de savoir si les évaluations de la crédibilité sont autorisées lors d'une requête en jugement sommaire où des questions de crédibilité sont en jeu est une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte : arrêt *Housen*, précité, par. 36. Dans la mesure où de telles évaluations sont autorisées, la question de savoir si la Cour fédérale a exercé à juste titre son pouvoir discrétionnaire en jugeant certains témoins crédibles ou non crédibles est assujettie à la norme de contrôle plus rigoureuse de l'erreur manifeste et dominante.

[77] La Cour fédérale connaissait les principes liés aux conclusions en matière de crédibilité dans le contexte de requêtes en jugement sommaire, et les a correctement indiqués. En effet, la Cour fédérale a reconnu au paragraphe 4 de sa décision avoir généralement été réticente à rendre un jugement sommaire dans les actions en contrefaçon de brevet, en grande partie parce que ces instances reposent sur l'évaluation de la preuve d'expert et la crédibilité des témoins experts.

[78] Cela dit, la Cour fédérale a néanmoins affirmé au même paragraphe qu'il n'y avait pas de conflit important dans les témoignages d'opinion en l'espèce, et que l'experte de Jempak était le seul témoin ayant fourni une interprétation éclairée et téléologique des termes en question, du point de vue d'une personne versée dans l'art. La Cour a de plus indiqué que le témoignage de l'experte de Jempak sur les connaissances générales courantes n'était pas contesté.

[79] En ce qui concerne les témoignages de M^{me} Kola et de M^{me} Frankenbach, la Cour fédérale a conclu que, même si elles avaient toutes deux la formation et l'expérience nécessaires pour fournir un avis d'expert afin d'aider la Cour, seule M^{me} Kola l'a fait du point de vue de la personne versée dans l'art. La Cour a conclu qu'elle avait « fourni des éléments de preuve rationnels, fondés sur la science et utiles sur la façon dont la personne versée dans l'art comprendrait les revendications invoquées, ainsi que sur les connaissances générales courantes qui étaient accessibles à la personne versée dans l'art à la date de publication ». La Cour a souligné que « [c]es questions ont été traitées en détail dans l'affidavit de M^{me} Kola, et son avis d'expert sur l'interprétation de la revendication n'a pas été contesté par GEMAK lors du contre-interrogatoire ».

[80] La Cour fédérale a conclu qu'on ne pouvait pas dire la même chose des éléments de preuve présentés par M^{me} Frankenbach. Malgré sa compétence et son expertise solides, la Cour a estimé que son témoignage était « insuffisant[...] et problématique à bien des égards ». À l'appui de cette conclusion, la Cour a souligné que M^{me} Frankenbach avait dû se présenter deux fois pour un contre-interrogatoire, et qu'« [à] sa première comparution, la capacité de l'avocat de Jempak de contre-interroger efficacement M^{me} Frankenbach a été sérieusement compromise par les objections nombreuses et répétées de l'avocat de Gemak et par ce qui peut être décrit comme les réponses évasives et provocatrices de M^{me} Frankenbach ».

[81] La Cour fédérale a souligné que M^{me} Frankenbach « a mis des bâtons dans les roues à l'avocat de Jempak tout au long du contre-interrogatoire, en débattant sur la forme ou sur le bien-fondé des questions posées, même si celles-ci étaient formulées en termes simples et qu'elles

étaient clairement pertinentes ». Comme je l'ai souligné plus tôt, la Cour a conclu que « M^{me} Frankenbach a mal compris son rôle en tant que témoin indépendant [et qu'] [e]lle s'est conduite comme une défenseure plutôt que comme une experte neutre et objective tentant d'aider la Cour ». La Cour fédérale a donc conclu que « M^{me} Frankenbach n'a pas fourni des avis justes, objectifs et non partisans, ce qui a fini par entacher l'ensemble de son témoignage », ce qui fait que la Cour n'a « accordé que peu, voire aucun, poids à son témoignage ».

[82] Étant donné le rejet, dans son ensemble, du témoignage de M^{me} Frankenbach, la Cour a indiqué qu'« [i]l ne [lui] rest[ait] par conséquent que le témoignage d'opinion de M^{me} Kola », et sa décision a donc reposé sur ce témoignage.

[83] L'évaluation par la Cour fédérale de la crédibilité de M^{me} Frankenbach et le rejet de l'ensemble de son témoignage soulèvent certains problèmes.

[84] Comme je l'ai souligné plus tôt, en tirant la conclusion que M^{me} Frankenbach n'était pas un témoin crédible, la Cour fédérale a souligné qu'elle avait dû se présenter deux fois pour un contre-interrogatoire, et qu'« [à] sa première comparution, la capacité de l'avocat de Jempak de contre-interroger efficacement M^{me} Frankenbach a été sérieusement compromise par les objections nombreuses et répétées de l'avocat de Gemak ». Même s'il s'agit là d'un résumé exact de ce qui s'est passé la première journée du contre-interrogatoire de M^{me} Frankenbach, je ne vois pas comment la conduite de l'avocat de GEMAK aurait pu avoir un effet négatif sur la crédibilité de M^{me} Frankenbach.

[85] De plus, la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle M^{me} Frankenbach « a mal compris son rôle en tant que témoin indépendant » et « s'est conduite comme une défenseure plutôt que comme une experte neutre et objective tentant d'aider la Cour » semble reposer, du moins dans une certaine mesure, sur l'attitude combative de l'avocat de GEMAK lors de la première journée du contre-interrogatoire de M^{me} Frankenbach.

[86] Il est vrai que la Cour fédérale a poursuivi en affirmant que la capacité de l'avocat de Jempak de contre-interroger efficacement M^{me} Frankenbach avait été compromise par ce qu'elle a décrit comme « les réponses évasives et provocatrices de M^{me} Frankenbach ». Alors que la Cour fédérale a estimé que le témoignage de M^{me} Frankenbach était « insuffisant[...] et problématique à bien des égards », un examen de la transcription de son contre-interrogatoire laisse croire à d'autres interprétations possibles de son témoignage. La transcription pourrait être interprétée comme indiquant que M^{me} Frankenbach n'a pas été « évasive[...] et provocatrice[...] », mais a plutôt été un témoin attentif, qui voulait s'assurer de bien comprendre les questions avant d'y répondre, et qui ne voulait pas se laisser bousculer par l'avocat.

[87] En fait, il est très difficile de conclure à une attitude hostile de la part d'un témoin à partir de la simple relecture d'une transcription, en l'absence de toute possibilité d'évaluer son témoignage de vive voix : *Teva Canada Innovation c. Apotex Inc.*, 2014 CF 1070, par. 109.

[88] La Cour fédérale a également fait mention de la difficulté à évaluer la neutralité et l'objectivité de témoins experts à partir d'un dossier papier dans la décision *Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.*, (1998), 81 C.P.R. (3d) 188, [1998] A.C.F. n° 537 (QL)

(décision *Syntex*). Dans cette décision, la Cour a souligné que, dans certains cas, le désir ou la capacité des experts d'éclairer objectivement la Cour peut être remis en question. La Cour a affirmé au paragraphe 7 de ses motifs que, lorsque des questions de crédibilité sont soulevées, « il est difficile de concevoir comment la Cour pourrait rendre justice aux parties sans avoir eu l'avantage d'entendre des témoins de vive voix ». Je pourrais dire la même chose en l'espèce. Voir aussi la décision *Amgen*, précitée, par. 15.

[89] En effet, la ligne de démarcation est ténue entre le fait de témoigner de façon ferme et objective et le fait de défendre la thèse de son client, et il reste difficile de déterminer si un témoin a franchi cette ligne sans avoir eu la chance de l'entendre témoigner de vive voix en séance publique : décision *AB Hassle*, précitée, par. 34.

[90] La Cour fédérale a donc commis une erreur manifeste et dominante en tirant les conclusions négatives en matière de crédibilité en question quant au témoignage de M^{me} Frankenbach à partir de la transcription de son témoignage, et en s'appuyant sur ces conclusions pour trancher l'affaire.

[91] Avant de passer à une autre question, j'aimerais souligner que, même si le sujet de la contrefaçon de brevets ne déborde pas, par définition, le cadre des jugements sommaires, il a tendance à soulever des questions de fait et de droit complexes qu'il est habituellement préférable de n'examiner qu'au procès : décision *Syntex*, précitée, par. 6. La présente affaire ne fait pas exception. Cela dit, il ne s'agit pas là d'une règle absolue et, dans certains cas, le recours

à la procédure de jugement sommaire est approprié : voir, par exemple, l'arrêt *ViiV Healthcare*, précité.

VI. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en ce qui concerne les connaissances générales courantes?

[92] Même si la conclusion qui précède suffit pour trancher le présent appel, les motifs de la Cour fédérale contiennent une seconde erreur qui mérite d'être commentée, dans le but de s'assurer que l'erreur ne se reproduise dans toute autre instance future portant sur la même question. Cette erreur a trait à la description qu'a faite la Cour fédérale de ce qui constitue des « connaissances générales courantes ». La question de savoir si les renseignements qu'il est possible de recueillir au terme d'une recherche raisonnablement diligente font partie des connaissances générales courantes est une question de droit, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte.

[93] Au paragraphe 97 de ses motifs, la Cour fédérale a affirmé que les connaissances générales courantes « sont les connaissances que possède en général la personne versée dans l'art au moment pertinent. Elles comprennent ce que la personne versée dans l'art peut raisonnablement savoir et être en mesure de découvrir ». Cet exposé du droit est exact, du moins dans la mesure où les connaissances générales courantes incluent ce que la personne versée dans l'art peut raisonnablement savoir.

[94] Toutefois, la Cour a poursuivi en affirmant que « [l]a Cour doit évaluer les connaissances que la personne versée dans l'art aurait obtenues au terme d'une recherche raisonnablement

diligente menée à l'aide des moyens disponibles au moment pertinent » [non souligné dans l'original]. La Cour renvoie à la décision *Uponor AB c. Heatlink Group Inc.*, 2016 CF 320, au paragraphe 46, à l'appui de cette proposition.

[95] Les connaissances générales courantes n'englobent pas la totalité de l'information relevant du domaine public : *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219, par. 64. Comme la Cour suprême du Canada l'a souligné au paragraphe 37 de l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, « [l]es connaissances générales courantes s'entendent des connaissances que possède généralement une personne versée dans l'art en cause au moment considéré ».

[96] En effet, comme l'a indiqué le juge Locke dans la décision *Leo Pharma Inc. c. Teva Canada Ltd.*, 2015 CF 1237, par. 107, conf. par 2017 CAF 50, l'information à laquelle la personne versée dans l'art a accès ne relève pas nécessairement des connaissances générales courantes. Comme la Cour fédérale l'a affirmé dans la décision *Eli Lilly and Company c. Apotex Inc.*, 2009 CF 991, par. 97, citant l'arrêt *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.*, [1972] RPC 457, aux pages 482 et 483, qui citait lui-même l'arrêt *British Acoustic Films* (53 RPC 221, p. 250) : [TRADUCTION] « [u]ne connaissance précise divulguée dans un document scientifique ne devient pas une connaissance générale courante simplement parce que le document est lu par de nombreuses personnes et encore moins parce qu'il a un fort tirage. Une telle connaissance fait partie des connaissances générales courantes uniquement lorsqu'elle est connue de manière générale et acceptée sans hésitation par ceux versés dans l'art particulier; en d'autres mots, lorsqu'elle fait partie du lot courant des connaissances se rapportant à l'art ».

[97] En ce qui concerne les antériorités, notre Cour a affirmé, dans l'arrêt *Mylan Pharmaceuticals ULC c. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 CAF 119, que « [l]es antériorités s'entendent de l'ensemble du savoir dans le domaine du brevet en cause. Elles comprennent tout enseignement accessible au public, aussi obscur ou peu accepté soit-il », par. 23.

[98] Les antériorités sont utilisées à des fins précises dans le droit des brevets, notamment pour étayer une allégation selon laquelle les antériorités ont prouvé l'invention ou l'ont rendue évidente. Les connaissances générales courantes déterminent la manière avec laquelle la personne versée dans l'art va interpréter les revendications et les mémoires descriptifs : arrêt *Mylan*, précité, par. 25.

[99] L'exigence concernant la recherche raisonnablement diligente a été appliquée – non en ce qui concerne la définition des connaissances générales courantes de la personne versée dans l'art –, mais plutôt en ce qui concerne la possibilité de découvrir l'antériorité pertinente pour les fins des analyses de l'évidence ou de l'antériorité : *E. Mishan & Sons, Inc. c. Supertek Canada Inc.*, 2015 CAF 163, par. 22. Cette approche a toutefois été remise en question par notre Cour dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 CAF 30, par. 83 à 86. Dans cet arrêt, notre Cour a affirmé qu'à la lumière du libellé de l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, il est erroné de ne pas tenir compte des antériorités qui étaient accessibles au public à la date pertinente simplement parce qu'une recherche raisonnablement diligente ne les aurait pas révélées.

[100] Ainsi, il n'est plus obligatoire que l'antériorité ait été accessible à la personne versée dans l'art au terme d'une recherche raisonnablement diligente pour qu'elle devienne pertinente pour les fins des analyses de l'évidence ou de l'antériorité. Cela dit, les connaissances qui ne peuvent être découvertes qu'au terme d'une recherche raisonnablement diligente ne sont pas, et n'ont jamais été, considérées comme faisant partie des connaissances générales courantes. La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant le contraire.

VII. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en ce qui concerne les résultats d'essais?

[101] Enfin, l'analyse de la Cour fédérale concernant les résultats d'essais contient une erreur manifeste et dominante.

[102] Je rappellerai que M^{me} Kola a offert un témoignage concernant les analyses à l'antrone qu'elle a dû effectuer pour déterminer si de la CMC était présente dans les matières premières de percarbonate fournies à Jempak par des tiers et dans le mélange qui encapsule le percarbonate dans les préparations détergentes de Jempak.

[103] M^{me} Kola a affirmé que ces analyses démontraient que les matières premières de percarbonate fournies à Jempak par des tiers ne contenaient pas de CMC dans leur enrobage d'encapsulation. Tout en reconnaissant que les préparations détergentes de Jempak contenaient bien de la CMC, M^{me} Kola a affirmé que la CMC dans les préparations détergentes de Jempak provient de l'enrobage de ■ et de ■, et non de l'enrobage entourant le percarbonate. Par

conséquent, Jempak affirme que ses préparations détergentes ne contrefont pas le brevet de GEMAK.

[104] Le témoignage de M^{me} Kola sur ce point a été contesté par M. Tishmack, qui a fortement critiqué son utilisation de la méthode d'essai à l'antrone, et sa conclusion selon laquelle il n'y avait pas de [TRADUCTION] « CMC détectable dans les matières premières de percarbonate enrobé achetées par Jempak ». Selon M. Tishmack, la méthode à l'antrone utilisée par M^{me} Kola était désuète, et a été largement remplacée par des techniques plus précises et plus sensibles capables de détecter de plus faibles niveaux de CMC dans un mélange; point qu'a concédé M^{me} Kola.

[105] M. Tishmack a tenté de reproduire la méthode à l'antrone utilisée par M^{me} Kola et a effectué sa propre analyse, laquelle lui a permis de conclure que la méthode à l'antrone utilisée par M^{me} Kola n'était pas suffisamment sensible pour détecter la présence de CMC en quantités inférieures à 1 µg/mL. Il a également conclu que la faible limite de précision photométrique de l'appareil employé par M^{me} Kola rendait ses tests [TRADUCTION] « privés de sens », et que la faible limite de détection des courbes de calibration de M^{me} Kola rendait cet aspect de ses tests [TRADUCTION] « privé de sens ».

[106] M. Tishmack a aussi souligné que certains composés connus pour être présents en quantités importantes dans les produits détergents de Jempak auraient dû entrer en réaction dans les analyses à l'antrone de M^{me} Kola, mais ne l'ont pas fait. Selon M. Tishmack, cela démontrait l'absence de sensibilité des tests utilisés par M^{me} Kola, rendant ses conclusions

[TRADUCTION] « sans fondement ». M. Tishmack affirme qu'il est ainsi impossible de conclure qu'il n'y a pas de CMC dans les perles de percarbonate de sodium de Jempak analysées par M^{me} Kola.

[107] La Cour fédérale a rejeté le témoignage de M. Tishmack au motif que son expérience se résumait à celle d'un chimiste analytique pour des clients de l'industrie pharmaceutique, qu'il n'avait aucune expérience de la formulation de détergents et n'avait par conséquent pas donné un avis du point de vue de la personne versée dans l'art des brevets.

[108] Cette conclusion pose plusieurs problèmes. Premièrement, M. Tishmack ne proposait pas une interprétation des revendications des brevets, tâche entreprise du point de vue de la personne versée dans l'art. Il fournissait un témoignage d'expert sur la question de la contrefaçon. La contrefaçon est une question de fait : *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 RCS 504, 122 D.L.R. (3^d) 203. De plus, les cours de révision ont adopté l'utilisation des techniques de chimie analytique qui n'auraient pas été accessibles à une personne versée dans l'art au moment pertinent ou qui auraient dépassé les capacités d'une personne versée dans l'art.

[109] Un second problème avec cette conclusion a trait au manque d'expérience de M. Tishmack dans l'industrie des détergents. Je reconnais que les essais dans l'industrie pharmaceutique peuvent être menés suivant une norme plus rigoureuse que ceux d'autres industries, étant donné que les produits pharmaceutiques sont destinés à une consommation humaine. Toutefois, la Cour fédérale ne disposait d'aucun élément de preuve selon lequel les procédés et méthodes d'essai de chimie analytique utilisés dans l'industrie pharmaceutique

différait en réalité des procédés et méthodes d'essai de chimie analytique utilisés dans l'industrie des détergents. Elle ne disposait non plus d'aucun élément de preuve indiquant que détecter la présence ou l'absence de CMC dans une préparation détergente était plus ou moins exigeant que détecter la présence ou l'absence de CMC dans une préparation pharmaceutique.

[110] La conclusion de la Cour fédérale ne tenait également pas compte du fait que M^{me} Kola a reconnu qu'il existait des tests plus sensibles qui auraient pu être utilisés pour déterminer s'il y avait de la CMC dans l'enrobage entourant le percarbonate dans les préparations détergentes de Jempak.

[111] Par conséquent, je conclus que l'analyse de la Cour fédérale concernant les résultats d'essais contenait des erreurs manifestes et dominantes.

VIII. Conclusion relative à l'appel principal

[112] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel principal et j'annulerais la décision de la Cour fédérale, par laquelle elle a accordé un jugement sommaire à Jempak. Comme je suis convaincue qu'il existe une ou plusieurs véritables questions litigieuses, et rendant l'ordonnance qu'aurait dû rendre la Cour fédérale, je rejetterais la requête en jugement sommaire de Jempak et j'ordonnerais que la présente affaire soit instruite.

IX. Dépens

[113] GEMAK interjette également appel de l'adjudication des dépens prononcée par la Cour fédérale.

[114] La Cour fédérale a accordé à Jempak ses dépens concernant la requête en jugement sommaire. Conformément à une entente entre les parties, la Cour fédérale a fixé ces dépens à 463 496,96 \$, débours compris, à payer avant le 3 juillet 2020. GEMAK a par la suite versé cette somme à Jempak en réponse à l'adjudication des dépens prononcée par la Cour fédérale.

[115] Étant donné l'issue de l'appel principal, j'annulerais l'ordonnance des dépens de la Cour fédérale, et j'accorderais à GEMAK ses dépens devant notre Cour et la Cour fédérale. La somme versée par GEMAK à Jempak en exécution de l'ordonnance de la Cour fédérale relative aux dépens devra être retournée à GEMAK, de même que les intérêts courus afférents qui ont été calculés en application de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

« Anne L. Mactavish »

j.c.a.

« Je souscris à ces motifs.
Mary J.L. Gleason, j.c.a. »

« Je souscris à ces motifs.
Sylvie E. Roussel, j.c.a. »

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : A-158-20 ET A-165-20

INTITULÉ : GEMAK TRUST, REPRÉSENTÉE
PAR SES FIDUCIAIRES
GERALD THOMAS HINTON ET
ELIZABETH JANE HINTON c.
JEMPAK CORPORATION,
JEMPAK GK INC.

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 12 MAI 2022

**VERSION PUBLIQUE DES MOTIFS DU
JUGEMENT :** LA JUGE MACTAVISH

Y ONT SOUSCRIT : LA JUGE GLEASON
LA JUGE ROUSSEL

DATE DES MOTIFS : LE 4 AOÛT 2022

COMPARUTIONS :

Andrew R. Brodtkin
Jordan Scopa
POUR L'APPELANTE

Ronald E. Dimock
Laurent Massam
Harvey Lim
POUR LES INTIMÉES

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Goodmans LLP
Toronto (Ontario)
POUR L'APPELANTE

Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Toronto (Ontario)
POUR LES INTIMÉES