

Cour fédérale



Federal Court

**Date : 20170419**

**Dossiers : T -1409-04  
T -1890-11**

**Référence : 2017 CF 378**

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**Ottawa (Ontario), le 19 avril 2017**

**En présence de monsieur le juge Barnes**

**Dossier : T -1409-04**

**ENTRE :**

**ASTRAZENECA CANADA INC. ET  
AKTIEBOLAGET HÄSSLE**

**demandresses  
(défenderesses reconventionnelles)**

**et**

**APOTEX INC.**

**défenderesse  
(demanderesse reconventionnelle)**

**Dossier : T -1890-11**

**ET ENTRE :**

**ASTRAZENECA AB ET AKTIEBOLAGET  
HÄSSLE**

**demandresses  
(défenderesses reconventionnelles)**

et

**APOTEX INC.**

**défenderesse  
(demanderesse reconventionnelle)**

**ORDONNANCE ET MOTIFS**

[1] La présente procédure en contrefaçon de brevet est devant la Cour depuis 2004. Une décision sur la responsabilité a été rendue en faveur des demanderesse [AstraZeneca] le 16 mars 2015 et confirmée en grande partie en appel le 12 janvier 2017; voir *AstraZeneca c Apotex*, 2015 CF 322, 252 ACWS (3d) 567, conf. en partie par 2017 CAF 9, [2017] ACF n° 22 (QL). Je suis maintenant saisi de la question de la quantification, dont l'instruction se déroule à Toronto. La présentation de la preuve a commencé le 14 février 2017, et seules les conclusions finales restent à être entendues. De nombreux témoins des faits et témoins experts ont comparu pour le compte des parties, et la preuve sur les questions visées par les actes de procédure actuels est close. Malgré cela, Apotex cherche à apporter d'autres modifications à son nouvel énoncé en réponse des questions en litige, en y ajoutant un nouveau produit de substitution non contrefait :

[TRADUCTION]

46A. Apotex ajoute que, pour les ventes d'Apo-oméprazole réalisées aux États-Unis, Apotex avait la possibilité de confier à un autre fabricant de produits pharmaceutiques la fabrication et la vente d'une partie ou de la totalité de ces produits dans un ressort autre que le Canada. Cette façon de faire aurait rendu la fabrication, l'utilisation ou la vente d'oméprazole conforme au brevet 693, même si le processus de fabrication était le même que celui utilisé par Apotex dans le monde réel, parce que le brevet 693 est limité aux activités menées au Canada.

46B. À la connaissance actuelle d'Apotex, les entités suivantes auraient pu conclure et auraient conclu des contrats avec Apotex pour fabriquer des produits de substitution non contrefaits :

- Intas Pharmaceuticals Ltd. et ses filiales;
- Barr Laboratories, Inc. et ses filiales.

[2] Cette nouvelle allégation s'ajoute à l'acte de procédure modifié déposé par Apotex concernant un moyen de défense fondé sur l'existence d'un produit de substitution non contrefait, à savoir plusieurs formulations de substitution conçues à l'interne ou par des tiers.

[3] Un résumé des requêtes en modification présentées dans le contexte de la présente affaire est énoncé dans la décision du juge Russel Zinn, datée du 22 juillet 2016, et il est inutile de le reproduire ici : voir *AstraZeneca Canada Inc. c Apotex Inc.*, 2016 CF 865, [2016] ACF n° 1503 (QL). Il importe de souligner que le juge Zinn a autorisé la modification de l'acte de procédure d'Apotex concernant le produit de substitution non contrefait, malgré les objections d'AstraZeneca, en se fondant en partie sur son observation selon laquelle le calendrier du procès pouvait toujours être respecté.

[4] La modification proposée en l'espèce a initialement été portée à l'attention des demanderesses et de la Cour peu avant le début du procès. La requête a été officiellement déposée le 27 février 2017 et a été débattue le 12 avril 2017. La présentation des conclusions finales, fondées sur la preuve produite par les parties jusqu'à la clôture de la preuve le 7 avril 2017, est prévue pour la semaine du 24 avril.

[5] À leur crédit, Apotex et ses avocats admettent que le défaut de présenter la demande de modification en temps opportun repose sur un oubli. D'après les affidavits signés par le D<sup>r</sup> Sherman et M. Radomski, cette modification du moyen de défense d'Apotex fondé sur l'existence d'un produit de substitution non contrefait a tout simplement été oubliée pendant toutes ces années. Ce n'est que tout récemment que les avocats l'ont examinée à l'occasion d'une rencontre tenue le 10 février 2017, après quoi elle a été portée à l'attention de la Cour et des avocats des demanderesses.

[6] L'essence de la modification proposée est la suivante : après l'échéance du brevet d'AstraZeneca aux États-Unis, le 20 avril 2007, Apotex aurait pu utiliser aux États-Unis sa formulation conçue au Canada, pourvu que le produit vienne d'un ressort autre que le Canada, où AstraZeneca ne bénéficie pas de la protection conférée par brevet (p. ex. l'Inde). La modification proposée est néanmoins destinée à s'appliquer, sur un fondement largement non articulé, à l'ensemble de la période de contrefaçon, qui s'étale sur plusieurs années.

[7] Compte tenu de la modification, Apotex doit bien entendu établir une nouvelle hypothèse, c'est-à-dire qu'elle [TRADUCTION] « aurait pu obtenir et aurait obtenu » sa formulation approuvée auprès d'une source n'emportant pas contrefaçon afin de la vendre aux États-Unis pendant la période en question. Apotex admet que si la modification est autorisée, il faudra par conséquent rouvrir le procès pour rassembler de nouveaux éléments de preuve et probablement modifier dans certains cas la preuve sous forme d'opinion déjà produite.

[8] Apotex décrit la modification qu'elle propose comme un simple rajustement technique de son acte de procédure concernant le produit de substitution non contrefait, rajustement qui cause des [TRADUCTION] « inconvénients » à AstraZeneca. Les inconvénients allégués sont le fait qu'il faudra tenir d'autres interrogatoires préalables et modifier certains des rapports d'expert existants et que le procès sera retardé de plusieurs mois pour permettre la présentation de nouveaux éléments de preuve. À ce stade, il est impossible d'estimer avec précision le nombre de jours additionnels qui seraient ainsi requis pour le procès. Néanmoins, compte tenu du temps qui a été consacré à ce jour à l'examen du moyen de défense d'Apotex fondé sur l'existence d'un produit de substitution non contrefait, il n'est pas exclu qu'il faille deux semaines de plus. Ces éléments, affirme Apotex, [TRADUCTION] « ne modifient pas de manière significative les particularités du procès ni les cadres d'analyse appliqués par les experts respectifs ». Apotex reconnaît aussi son devoir de s'acquitter des frais additionnels occasionnés par les modifications.

[9] Il n'est pas étonnant de constater qu'AstraZeneca a un point de vue fondamentalement différent des problèmes de logistique et de preuve émanant de la modification proposée. Certaines des difficultés qu'elle recense ne peuvent pas, selon elle, être compensées par des dépens ou des intérêts.

[10] La principale préoccupation d'AstraZeneca, c'est qu'elle a fait le choix de demander la restitution des bénéfices en se fondant sur le moyen de défense d'Apotex fondé sur l'existence d'un produit de substitution non contrefait et sur les rapports d'expert produits par Apotex à l'appui de sa thèse. Selon certains éléments de l'analyse comptable, les bénéfices découlant des ventes d'Apotex aux États-Unis qu'AstraZeneca pourrait réclamer sont considérablement plus

élevés que les dommages-intérêts qu'elle pourrait réclamer. AstraZeneca soutient que cette différence a aussi orienté son choix et formé le cadre qui sous-tend une grande partie des éléments de preuve produits à ce jour.

[11] Apotex estime que cet argument ne doit pas être pris en compte en l'absence d'une preuve par affidavit à l'appui. De fait, selon elle, le défaut de produire la preuve d'un préjudice important justifie la conclusion que la modification ne causera aucun préjudice.

[12] Récemment, une discussion utile sur la modification des actes de procédure dans le contexte d'un litige relatif à un brevet a été présentée dans *Janssen Inc. c Abbvie Corporation*, 2014 CAF 242, 246 ACWS (3d) 337. Dans cette affaire, il était question d'une modification avant le procès en vue d'ajouter des renvois aux antériorités connues des parties et de leurs experts. Voici comment le critère a été décrit par la Cour :

[18] La jurisprudence sur les modifications nous apprend qu'aucun facteur n'est à lui seul déterminant. La liste des facteurs à prendre en compte n'est pas exhaustive. Il faut procéder à un exercice de pondération et, bien qu'aucun facteur ne soit à lui seul prédominant, l'on doit accorder le poids qui convient aux facteurs pertinents dans chaque cas particulier. À notre avis, le juge a mal appliqué le critère énoncé et il n'a pas dûment tenu compte des facteurs pertinents, notamment le caractère particulier de l'affaire, qui porte sur une nouvelle technologie dont les aspects scientifiques et commerciaux complexes touchent au cœur du marché conclu entre l'inventeur et le public. Si le juge avait examiné tous les facteurs pertinents et les avait correctement appliqués à l'affaire qui nous occupe, il aurait autorisé la modification. Encore une fois, l'intérêt de la justice requérait que le juge dispose de l'ensemble des antériorités pertinentes.

[19] Nous ne voulons pas laisser entendre, par ces propos, qu'il faudrait autoriser toute modification demandée par une partie dans les mois ou les semaines précédant le début du procès. L'exercice d'équilibre délicat qui vise à déterminer si une modification est ou non opportune doit être fait au cas par cas. Nous comprenons aussi

l'importance de l'affaire pour les parties et les inconvénients qu'il y aurait à la renvoyer devant la Cour fédérale. Compte tenu toutefois des autres facteurs examinés précédemment, notre conclusion reste inchangée. Les parties sont des plaideurs d'expérience et elles sauront sans doute trouver des solutions pour réduire la durée de la prochaine audience. L'appel sera par conséquent accueilli, avec dépens.

[13] À mon avis, cette décision ne remplace pas les décisions antérieures, qui ont accordé un poids considérable au moment où la requête en modification est présentée et à la perturbation des attentes légitimes de la partie intimée. Ces décisions, comme *Continental Bank Leasing Corp c Canada*, [1993] ACI n° 18 (QL), 93 DTC 298 et *Bande de Montana c Canada*, 2002 CFPI 583, [2002] ACF n° 774 (QL), continuent de s'appliquer à des situations comme celle qui nous occupe. À titre d'exemple, dans *Sanofi-Aventis Canada Inc. c Teva Canada Limited*, 2014 CAF 65, 238 ACWS (3d) 846, la Cour a confirmé le rejet d'une requête en modification présentée seulement trois mois avant le procès. Le protonotaire avait estimé que la modification risquait d'entraîner l'ajournement du procès et la modification probable de rapports d'expert déjà communiqués. Confirmant la décision, la Cour s'est exprimée ainsi :

[19] Comme je l'ai déjà noté, il faut tenir compte du moment où une requête en modification est présentée pour déterminer si elle doit être accueillie. Comme le déclarait la Cour dans *Canderel Ltd. c. Canada*, précité, à la page 11 : « Pour ce qui est des intérêts de la justice, on peut dire que les tribunaux et les parties sont en droit de s'attendre à ce qu'un procès aboutisse, et les retards et la tension et les inquiétudes que suscite chez toutes les parties concernées une modification tardive soulevant une nouvelle question, peuvent fort bien être considérés comme un obstacle aux fins de la justice. »

[20] En l'espèce, non seulement la requête de Sanofi était-elle tardive, mais il est presque sûr qu'elle aurait retardé considérablement le procès si elle avait été accueillie. Dans la présente affaire, je reprends à mon compte les propos du juge Hugessen dans *Bande indienne de Montana c. Canada*, 2002 CFPI 583, [2002] A.C.F. n° 774 (QL), au paragraphe 7 :

[...] Bien sûr, toute modification apportée aux actes de procédure occasionnera un retard, mais certains retards tirent beaucoup plus à conséquence que d'autres. Lorsque l'on en est presque à la veille d'une longue et importante instruction, dont la date est connue et prévue depuis plusieurs mois, dont la préparation a fait l'objet d'une collaboration étroite entre les avocats et la Cour sur une période de plusieurs années et dans laquelle les questions en litige sont nombreuses et complexes et les procédures mettent en cause de nombreuses parties, une ordonnance relative aux dépens ne permettrait absolument pas l'octroi d'une indemnité adéquate pour la perte de la date de l'instruction. De fait, il serait même presque impossible d'essayer de taxer les montants qui auraient été gaspillés par suite du retard prévu de l'instruction. [...]

[21] Cela suffit à mon avis pour disposer de l'appel.

[14] En appliquant les considérations susmentionnées aux circonstances propres à la présente requête, je ne suis pas disposé à accorder la réparation demandée par Apotex. Les complications qui découlent du défaut d'Apotex de soulever en temps opportun la question du produit de substitution non contrefait sont simplement trop vastes pour qu'il soit possible d'y remédier au moyen d'une réparation pécuniaire.

[15] Parmi les considérations qui militent contre l'octroi de la réparation demandée par Apotex, notons celles qui suivent :

- a) la modification proposée n'émane pas de circonstances échappant au contrôle d'Apotex ou de ses avocats;
- b) Apotex a déjà apporté plusieurs modifications à ses actes de procédure, notamment une modification relative au produit de substitution non contrefait, qui a été plaidée et autorisée en juillet dernier;



- c) AstraZeneca a fait le choix de demander la restitution des bénéfices, et elle a préparé et présenté intégralement sa cause en se fondant sur les actes de procédure actuels d'Apotex;
- d) la preuve relative aux questions visées par les actes de procédure actuels est close, et il ne reste que les conclusions finales à présenter;
- e) la modification proposée exigera une nouvelle communication de documents et un nouvel interrogatoire préalable oral;
- f) la modification proposée exigera la présentation dans le désordre de nouveaux éléments de preuve factuels;
- g) la modification proposée porte sur une théorie relative au produit de substitution non contrefait significativement différente de celle qui a déjà été plaidée; il ne s'agit manifestement pas d'une considération d'ordre technique;
- h) certains des rapports rédigés par des experts comptables devront être modifiés, et il sera probablement nécessaire de présenter une nouvelle preuve sous forme d'opinion sur un contexte de réglementation différent;
- i) la fin du procès sera retardée d'au moins plusieurs mois, ce qui donnera lieu à une interruption prolongée de la présentation de la preuve;
- j) le calendrier du procès a été défini il y a trois ans selon les besoins anticipés des parties;
- k) les dates qui sont actuellement réservées pour les conclusions finales seront perdues.

[16] Apotex fait valoir qu'il revenait à AstraZeneca de présenter des éléments de preuve pour démontrer les effets préjudiciables des modifications, y compris des éléments de preuve présentés par les avocats d'AstraZeneca ou par une personne leur donnant des instructions. Apotex soutient que, en l'absence de preuve convaincante établissant qu'une mesure ne pouvant pas facilement être annulée a été prise ou évitée, la Cour devrait conclure à l'absence de préjudice irréversible.

[17] À mon avis, une telle conclusion n'a pas à être tirée en l'espèce. Tout d'abord, après cinq semaines à entendre la preuve, je crois être en mesure d'apprécier de manière éclairée l'impact qu'aura la modification sur AstraZeneca et la Cour. Je n'ai aucun doute que le choix d'AstraZeneca de demander la restitution des bénéficiaires est fondé, en partie, sur son évaluation du bien-fondé du moyen de défense fondé sur l'existence d'un produit de substitution non contrefait invoqué par Apotex.

[18] La formulation du produit de substitution non contrefait qu'Apotex cherche maintenant à faire valoir est plus qu'une autre formulation hypothétique et non approuvée de l'Apo-oméprazole. Au contraire, Apotex cherche maintenant à faire reconnaître l'Apo-oméprazole en tant que tel comme produit de substitution non contrefait – une formulation qui a fait l'objet d'une approbation réglementaire au Canada et, ce qui est peut-être encore plus important, aux États-Unis. Il s'agit d'une théorie du produit de substitution non contrefait nettement différente de celle qui a déjà été présentée à la Cour.

[19] Étant donné que la preuve a été présentée et que des choix stratégiques ont été faits en fonction d'une certaine défense plaidée en cour, je ne suis pas disposé à admettre que le fait de soulever une nouvelle question distincte à la toute fin d'un long procès serait, dans les faits, anodin. À mon avis, autoriser cette modification reviendrait à permettre la reprise de la lutte avec une défense entièrement nouvelle : voir *Canderel Ltée c Canada*, [1994] 1 CF 3 au paragraphe 12, [1993] ACF n° 777 (QL) (CAF).

[20] Je constate d'autres lacunes dans l'argument avancé par Apotex selon lequel la position d'AstraZeneca est minée par son défaut de déposer un affidavit expliquant comment la modification nuirait à sa stratégie procédurale et à ses choix stratégiques.

[21] Exiger ce type de preuve mettrait presque inévitablement en péril la revendication du secret professionnel par AstraZeneca. Il est inconcevable que le choix d'AstraZeneca de demander la restitution des bénéfices n'ait pas été considérablement éclairé par les conseils de ses avocats concernant le bien-fondé du moyen de défense fondé sur l'existence d'un produit de substitution non contrefait invoqué par Apotex et sur le montant des dommages-intérêts qui pourraient être réclamés par rapport aux bénéfices découlant des ventes d'Apotex aux États-Unis qui pourraient être réclamés. Dans le contexte de la présente requête, AstraZeneca ne devrait pas être contrainte de se retrouver dans une situation difficile, soit celle d'avoir à justifier sa position en exposant ses communications privilégiées à un risque important.

[22] Je constate aussi qu'Apotex n'a pas, dans sa requête, indiqué si elle autoriserait AstraZeneca à modifier son choix si la modification était accordée. Il va sans dire qu'un nouveau

choix aurait des répercussions importantes sur la preuve déjà produite. De surcroît, le type de preuve qu'Apotex exigerait d'AstraZeneca ne constitue pas une preuve factuelle sur des événements survenus. Au contraire, Apotex avance qu'AstraZeneca devrait produire la preuve de ce qu'elle aurait fait à la lumière des actes de procédure proposés. Dans les faits, il s'agit là d'une situation « fondée sur l'exception » qui exige qu'un déposant informé se prononce sur un scénario hypothétique. Un tel affidavit serait inévitablement contesté au motif qu'il s'agit d'une analyse a posteriori non fiable.

[23] L'efficacité judiciaire, plus précisément la gestion des ressources judiciaires de plus en plus limitées, est un autre facteur qui entre en jeu. Les intérêts des plaideurs sont toujours au centre des préoccupations de la Cour dans son examen des demandes de modification des actes de procédure. La Cour n'est toutefois pas au service inconditionnel des parties qui se présentent devant elle. Le public, lui aussi, a un intérêt dans l'économie et l'attribution judicieuse du temps et des ressources de la Cour : voir *Sanofi-Aventis Canada Inc c Teva Canada Ltd*, précitée, aux paragraphes 16 et 17. Lorsqu'une modification proposée entraînerait des retards importants et nécessiterait de nombreux jours d'audience imprévus, il convient de présumer qu'il y aurait des incidences négatives sur le règlement des autres affaires en suspens. La présente affaire a déjà nécessité de nombreux jours d'audience avant et pendant le procès. Les dates de procès ont été fixées il y a trois ans sur le fondement de la demande conjointe des parties. Il va de soi que la modification proposée perturberait considérablement le calendrier de la Cour et diviserait le procès en deux phases distinctes séparées par plusieurs mois. Cette disjonction du procès serait inefficace. De plus, les retards de cette importance portent un préjudice inévitable à la capacité

de la Cour à donner des motifs qui tiennent compte des éléments de preuve présentés au début de la procédure.

[24] Il y a manifestement lieu d'apporter une solution définitive dans les dossiers comme celui-ci. En l'espèce, l'affaire est devant la Cour depuis 2004, et elle a accaparé de nombreuses ressources judiciaires. On ne peut tout simplement pas affirmer, treize ans plus tard, que, tout compte fait, un retard additionnel de quelques mois n'aurait pas de conséquences importantes.

[25] Par conséquent, la requête est rejetée avec dépens de 15 000 \$ payables à AstraZeneca.

**ORDONNANCE**

**LA COUR ORDONNE** que la requête soit rejetée avec dépens de 15 000 \$ payables à AstraZeneca.

« R.L. Barnes »

---

Juge

**COUR FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIERS :** T -1409-04 ET T -1890-11

**DOSSIER :** T -1409-04

**INTITULÉ :** ASTRAZENECA CANADA INC. ET AKTIEBOLAGET  
HASSLE c APOTEX INC.

**ET DOSSIER :** T -1890-11

**INTITULÉ :** ASTRAZENECA AB ET AKTIEBOLAGET HASSLE c  
APOTEX INC.

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

**DATE DE L'AUDIENCE :** LE 12 AVRIL 2017

**ORDONNANCE ET MOTIFS :** LE JUGE BARNES

**DATE DES MOTIFS :** LE 19 AVRIL 2017

**COMPARUTIONS :**

M<sup>e</sup> Gunars Gaikis  
M<sup>e</sup> Nancy Pei  
M<sup>e</sup> Brandon Heard

POUR LES DEMANDERESSES/  
DÉFENDERESSES RECONVENTIONNELLES  
ASTRAZENECA CANADA INC.,  
AKTIEBOLAGET HÄSSLE ET  
ASTRAZENECA AB

M<sup>e</sup> Kent Thomson  
M<sup>e</sup> Chantelle Spagnola  
M<sup>e</sup> Anthony Alexander

POUR LA DÉFENDERESSE/  
DEMANDERESSE RECONVENTIONNELLE  
APOTEX INC.

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Smart & Biggar  
438, avenue University, bureau 1500  
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDERESSES/  
DÉFENDERESSES RECONVENTIONNELLES

Davies Ward Philips & Vineberg LLP  
155, rue Wellington Ouest  
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE/  
DEMANDERESSE RECONVENTIONNELLE

Goodmans LLP  
Bay Adelaide Centre  
333, rue Bay, bureau 3400  
Toronto (Ontario)