

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20060125

Dossier : T-2267-04

Référence : 2006 CF 76

Toronto (Ontario), le 25 janvier 2006

EN PRÉSENCE DE MADAME LA PROTONOTAIRE MILCZYNSKI

ENTRE :

ABBOTT LABORATORIES et ABBOTT LABORATORIES LIMITED

requérantes

et

LE MINISTRE DE LA SANTÉ et PHARMASCIENCE INC.

intimés

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

Question en litige et résumé

[1] Pharmascience a introduit la présente requête en vertu de l'article 312 des *Règles des Cours fédérales*. Elle demande à la Cour l'autorisation de déposer l'affidavit que son expert éventuel, M. Christopher Rhodes, a souscrit le 29 septembre 2005, affidavit qui reprend celui que M. Joseph B. Schwartz a souscrit le 16 mai 2005. M. Schwartz était l'expert de Pharmascience, mais

il ne pouvait pas être contre-interrogé parce qu'il était gravement malade. Pharmascience cherche donc à remplacer M. Schwartz par M. Rhodes et à obtenir que M. Rhodes reprenne à son compte l'affidavit souscrit précédemment, présente au contre-interrogatoire et n'ait pas à déposer et signifier des éléments de preuve supplémentaires. La demande d'autorisation et la requête sont rejetées, pour les motifs exposés ci-après; toutefois, Pharmascience est autorisée à demander l'autorisation de déposer l'affidavit d'un autre expert en remplacement de celui de M. Schwartz.

Nature de l'instance

[2] Pharmascience a signifié aux demanderesses, Abbott Laboratories et Abbott Laboratories Limited (Abbott), son avis d'allégation daté du 11 novembre 2004. L'avis d'allégation de Pharmascience concernait sa présentation abrégée de drogue nouvelle relative à ses comprimés de clarithromycine de 250 et 500 mg et faisait référence aux comprimés de 250 et 500 mg de clarithromycine d'Abbott, vendus sous la marque nominative Biaxin BID. Il était notamment allégué dans l'avis d'allégation que le brevet inscrit pour le Biaxin BID (le brevet 614) était invalide pour cause d'évidence.

[3] En réponse, Abbott a déposé le présent avis de demande, le 23 décembre 2004, en application du paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement), afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer à Pharmascience un avis de conformité pour ses comprimés de clarithromycine.

[4] Outre cette procédure, Pharmascience avait déjà signifié à Abbott, à l'égard des mêmes comprimés de clarithromycine et de Biaxin BID, un avis d'allégation qui portait que les comprimés de Pharmascience ne contrevenaient pas au brevet 614. En réponse, Abbott a introduit une demande, fondée sur le paragraphe 6(1) du Règlement, soit le dossier T-10-04.

[5] Le dossier T-10-04 et la présente demande seront entendus ensemble.

[6] Abbott et Pharmascience ont toutes les deux déposé des éléments de preuve dans le cadre de la présente demande. Abbott a produit sa preuve principale, soit les affidavits de Stephen Byrn, Gordon L. Amidon, Sonia Attwell et Barbara Cole, qui ont tous été contre-interrogés. Pharmascience a produit sa contre-preuve qui comprenait les affidavits de Chris Gleave et de Peter Rue, qui ont été contre-interrogés, et de M. Schwartz, qui n'est pas en état d'être contre-interrogé.

[7] Ainsi qu'il est indiqué plus haut, Pharmascience demande à remplacer M. Schwartz par M. Rhodes. Vu les circonstances, Abbott ne s'oppose pas à ce qu'un autre expert reprenne à son compte l'affidavit de M. Schwartz; elle s'oppose toutefois à ce que cet autre expert soit M. Rhodes pour les motifs suivants :

- M. Rhodes a reçu communication de renseignements confidentiels sur Abbott qui concernent les questions en litige en l'espèce;

- M. Rhodes a reçu communication de renseignements confidentiels sur Abbott qui concernent des questions similaires dans un litige aux États-Unis;
- Abbott a retenu les services de M. Rhodes à titre d'expert pour l'instance aux États-Unis;
- Abbott subirait un préjudice si M. Rhodes était autorisé à remplacer M. Schwartz.

M. Rhodes et les motifs à l'origine de l'objection formulée par Abbott

[8] Avant de recevoir l'avis d'allégation dans lequel Pharmascience alléguait l'invalidité du brevet 614 (mais après avoir reçu l'avis d'allégation de Pharmascience alléguant la non-contrefaçon), Abbott a reçu un avis d'allégation d'un autre fabricant de médicaments génériques, Ratiopharm, qui prétendait qu'il ne contreviendrait pas au brevet 614, lequel était invalide pour cause d'évidence. En réponse à l'avis d'allégation de Ratiopharm, Abbott a présenté une demande en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement, soit le dossier T-428-04 (l'instance Ratiopharm).

[9] On retrouve dans l'avis d'allégation de Pharmascience, rédigées en termes presque identiques, toutes les allégations de l'avis d'allégation de Ratiopharm relatives à l'invalidité du brevet 614 et à l'évidence, y compris les références d'antériorité.

[10] L'avocat d'Abbott a communiqué avec M. Rhodes pour savoir s'il accepterait d'aider Abbott dans l'instance Ratiopharm. Dans un affidavit souscrit le 4 novembre 2005, M. Marcus Klee, du cabinet d'avocats représentant Abbott, décrit les discussions qu'il a eues avec M. Rhodes. M. Klee n'a pas été contre-interrogé sur son affidavit et son témoignage n'est pas contesté. M. Klee déclare qu'il a parlé à M. Rhodes et lui a indiqué dès le début de la conversation téléphonique que les propos échangés au cours de cet appel devaient rester strictement confidentiels. Ils ont discuté des points suivants :

- les allégations d'invalidité du brevet pour cause d'évidence qui ont été avancées par Ratiopharm (et qui sont les mêmes, comme il a été indiqué plus haut, que celles faites par Pharmascience dans son avis d'allégation ultérieur);
- d'autres questions et problèmes soulevés dans l'avis d'allégation de Ratiopharm;
- des passages du brevet 614 que M. Klee a lus à M. Rhodes;
- la théorie juridique d'Abbott et sa stratégie en vue de l'instance.

[11] M. Klee et M. Rhodes ont aussi discuté des conditions du mandat et des honoraires de M. Rhodes, de même que d'une entente de confidentialité. M. Rhodes a signé l'entente, mais il a aussi averti M. Klee, par message vocal, qu'il participait à une autre affaire pour la partie adverse d'Abbott et qu'il comprendrait parfaitement si sa participation pour le compte d'Abbott dans l'instance Ratiopharm créait des difficultés ou un conflit. M. Klee et M. Rhodes n'ont pas eu d'autres discussions.

[12] M. Rhodes a non seulement été consulté sur l'instance Ratiopharm, mais il a de plus participé à des procédures aux États-Unis pour le compte d'Abbott. Abbott a déposé l'affidavit de son avocat américain, Ted Dane, souscrit le 4 novembre 2005, qui décrit la participation de M. Rhodes à un litige portant sur la formulation de clarithromycine à libération progressive. M. Dane n'a pas non plus été contre-interrogé sur son affidavit. Il affirme que M. Rhodes a non seulement pris part aux discussions sur les questions soulevées dans l'instance en question, mais qu'il était aussi au courant de discussions confidentielles sur toute une série de questions concernant la clarithromycine, notamment la stratégie juridique confidentielle suivie pour s'attaquer aux questions de l'interprétation des revendications, de la contrefaçon et de l'invalidité. L'un des points relatifs à la validité du brevet dont M. Dane affirme avoir discuté avec M. Rhodes concernait les moyens de défense qu'Abbott pourrait éventuellement invoquer quant à la question de savoir si les brevets américains portant sur la clarithromycine étaient évidents.

[13] Abbott a retenu les services de M. Rhodes pour l'instance aux États-Unis; M. Rhodes a signé une entente de consultation, de même qu'un engagement en vertu duquel il a convenu de n'utiliser aucun renseignement confidentiel à d'autres fins que cette instance.

[14] En ce qui a trait au préjudice, Abbott fait valoir en outre qu'elle aurait sans doute mené différemment ses contre-interrogatoires, étant donné qu'un ouvrage publié sous la direction de M. Rhodes a été distribué à divers déposants.

[15] De son côté, M. Rhodes admet que ses souvenirs sont imparfaits et qu'il n'a pas pris de notes durant les discussions sur l'instance Ratiopharm et sur son mandat. Il déclare dans son affidavit n'avoir ni reçu, ni conservé une copie du brevet 614 ou d'autres documents ou renseignements confidentiels, mais il ne mentionne pas sa discussion au téléphone avec M. Klee. Il admet en outre avoir signé un mandat et une entente de confidentialité pour l'instance Ratiopharm et pour l'instance aux États-Unis, et ajoute que ni l'un ni l'autre n'a été résilié.

[16] Pharmascience n'a pas produit aucune autre preuve que l'affidavit de M. Rhodes à l'égard de la présente requête; elle n'a notamment déposé aucun élément de preuve sur la question du nombre d'experts qualifiés qui pourraient prendre la place de M. Schwartz, ni aucun élément de preuve indiquant qu'il serait onéreux ou difficile de remplacer M. Schwartz en l'absence de M. Rhodes. Au contraire, l'avocat de Pharmascience a admis, à l'audition de la requête, qu'il y avait plusieurs autres experts qualifiés. Mais au lieu d'envisager ces autres options et de satisfaire ainsi à l'objection d'Abbott, Pharmascience persiste, dans sa requête, à exiger la présence de M. Rhodes.

Article 312 des Règles

[17] Pharmascience introduit la présente requête en vertu de l'article 312 des *Règles des Cours fédérales*, qui prévoit qu'une partie peut, avec l'autorisation de la Cour, déposer des affidavits complémentaires en plus de ceux visés aux articles 306 et 307 des Règles. L'autorisation peut être accordée lorsque la preuve servira l'intérêt de la justice, aidera la Cour et ne causera aucun préjudice

à l'autre partie. Quand elle décide si l'autorisation devrait être accordée, la Cour doit en outre examiner l'équité globale de la demande présentée par la partie requérante, de même que toutes les objections soulevées par la partie intimée.

[18] Bien que la récusation d'un expert proposé ne soit pas à strictement parler la question en litige dans la présente requête, les points à examiner devraient être les mêmes. Abbott s'oppose à ce que M. Rhodes remplace M. Schwartz pour le motif que le premier est en position de conflit d'intérêts, c'est-à-dire qu'il a obtenu des renseignements confidentiels sur Abbott qui sont susceptibles de porter préjudice à celle-ci. Abbott fait valoir que si M. Rhodes avait été proposé à titre d'expert de Pharmascience dès le début, une requête aurait été présentée en vue d'obtenir sa récusation.

[19] La méthode qu'il convient d'appliquer pour établir s'il convient de récuser ou non un expert consiste à examiner les faits et les circonstances de l'espèce, ainsi que les éléments suivants :

- si l'expert était conscient qu'on lui communiquait des renseignements confidentiels et que l'on s'attendait à ce que leur caractère confidentiel soit respecté;
- la nature des renseignements confidentiels;
- le risque de divulgation des renseignements confidentiels;
- le risque de préjudice pour la partie qui conteste l'expert ou pour la partie qui cherche à retenir les services de l'expert contesté;
- l'intérêt de la justice et la confiance du public dans le processus judiciaire.

[20] Ces principes exigent donc que la Cour cherche à concilier les intérêts de la partie qui souhaite retenir les services d'un témoin expert et ceux de la partie qui veut protéger ses renseignements confidentiels. À cet égard, l'avocat de Pharmascience signale le risque que des témoins experts soient appelés dans l'unique but de priver la partie adverse de la possibilité de faire appel à leur expertise. Ce risque a été décrit avec éloquence par lord Denning dans *Harmony Shipping Co. SA c. Davis et al.*, [1979] 3 All ER 177 (C.A.) :

[TRADUCTION] Si une partie pouvait lier les mains d'un expert du simple fait qu'elle lui donnait des instructions, il serait très facile pour un riche client de consulter chacun des experts reconnus dans un domaine donné. Chacun d'eux pourrait donner une opinion défavorable à l'homme riche et, néanmoins, ce dernier pourrait dire à chacun d'eux, « Vous êtes tenu au silence et vous ne pouvez pas témoigner en cour contre moi » [...] Faut-il en conclure que si une partie a accaparé la totalité des experts, la partie adverse est empêchée de faire appel à des témoignages d'experts? Certes non [...] Un témoin expert n'appartient à personne tant en ce qui concerne les faits qu'il a observés que l'appréciation indépendante qu'il en a faite. Étant donné qu'il n'appartient à personne, le témoin a l'obligation de comparaître devant la cour et, à la demande du juge, de témoigner.

[21] Dans *Labee c. Peters*, [1996] A.J. n° 809 (Cour du Banc de la Reine de l'Alberta), la Cour, après avoir examiné plusieurs précédents, a énoncé les principes suivants :

1. Un témoin n'appartient à personne.
2. Même si une partie a retenu les services d'un expert et lui a communiqué des renseignements confidentiels, une partie adverse peut néanmoins obtenir l'avis de cet expert et lui demander de témoigner au procès.
3. Par contre, l'expert ne peut pas être interrogé sur les renseignements confidentiels que l'avocat de la partie adverse lui a communiqués, et il ne peut pas non plus divulguer une opinion qu'il a donnée à l'avocat de la partie adverse.

[22] C'est le problème qui se pose dans le cas de M. Rhodes. M. Klee et M. Dane ont tous deux déclaré que M. Rhodes a reçu communication de renseignements secrets et très confidentiels sur la défense et la stratégie juridique d'Abbott, et qu'il a participé à des discussions confidentielles sur ces stratégies avec l'avocat d'Abbott. Les défenses et stratégies portaient sur les questions en litige dans l'instance Ratiopharm, qui sont identiques à celles soulevées en l'espèce – les allégations d'invalidité du brevet avancées par Ratiopharm pour cause d'« évidence ». Aux États-Unis, où l'association de M. Rhodes avec Abbott a duré plus longtemps, des discussions ont eu lieu sur la stratégie juridique d'Abbott concernant l'interprétation des revendications, la contrefaçon et l'invalidité, y compris les moyens de défense qu'Abbott pourrait éventuellement invoquer quant à la question de savoir si les brevets américains portant sur la clarithromycine étaient « évidents ». M. Rhodes a été averti dès le départ que ces discussions étaient confidentielles. De son propre aveu, toutefois, M. Rhodes n'a qu'un vague souvenir de l'essentiel de ces discussions. Il reste qu'il a signé des ententes dans lesquelles il s'engageait à respecter la confidentialité de ces discussions, aussi bien au Canada qu'à l'égard de l'instance aux États-Unis.

[23] L'absence de souvenirs risque en outre de créer un problème plus grave que la précision des souvenirs. Comme il a été reconnu dans *Burgess (Litigation Guardian of) c. Wu* (2003), 68 O.R. (3d) 710 (C.S.), à la page 729, il serait impossible de faire appliquer une règle qui autoriserait une personne ayant reçu communication de renseignements confidentiels à agir pour une partie adverse si elle affirmait ne pas se souvenir de ces renseignements. En effet, comment le tribunal pourrait-il

savoir que la personne ne se souvient plus de ces renseignements ou le vérifier? À quel stade de l'instance? Il y a aussi le risque que les renseignements oubliés puissent, de toute façon, avoir une influence sur la personne ou être divulgués par inadvertance.

[24] Je souligne enfin que nul ne prétend en l'espèce qu'Abbott a entrepris de propos délibéré d'accaparer des experts qualifiés en vue de priver Pharmascience de leurs services dans la présente affaire. De plus, il n'est nullement question que Pharmascience ne peut pas trouver ou retenir les services d'autres experts qualifiés. L'avocat de Pharmascience admet volontiers que M. Rhodes n'est pas le seul expert aussi qualifié que M. Schwartz et il y a d'autres personnes dont Pharmascience pourrait retenir les services.

[25] En conséquence, je conclus que M. Rhodes a été informé, lors de ses discussions sur l'instance Ratiopharm avec l'avocat d'Abbott au Canada, que des renseignements confidentiels lui étaient communiqués et qu'il savait aussi que des renseignements confidentiels lui avaient été communiqués dans le cadre de la poursuite aux États-Unis. M. Rhodes a convenu par écrit de préserver la confidentialité de ces renseignements. Les renseignements communiqués à M. Rhodes tant au Canada qu'aux États-Unis étaient protégés par le secret professionnel en ce qui a trait à la stratégie de l'instance et aux moyens de défense juridiques opposés aux allégations d'invalidité du brevet d'Abbott pour cause d'« évidence » – soit la question en litige dans la présente instance concernant Pharmascience. Étant donné que M. Rhodes ne se souvient pas de ce qui lui a été communiqué, il se peut qu'il divulgue ces renseignements ou s'en serve en l'espèce. Enfin, compte

tenu du risque de préjudice pour les parties, compte tenu du fait que rien ne prouve que Pharmascience ne peut pas préparer sa preuve en l'absence de M. Rhodes et compte tenu du fait qu'Abbott subira un préjudice si des renseignements confidentiels sont divulgués, la requête doit être rejetée.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. La requête est rejetée, Pharmascience étant autorisée à demander l'autorisation, en vertu de l'article 312 des *Règles des Cours fédérales*, de produire un affidavit qui reprend celui de M. Schwartz.
2. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur les dépens de la présente requête, elles peuvent soumettre sur cette question des observations écrites, d'au plus trois pages, dans les vingt jours suivant la date de la présente ordonnance.

« Martha Milczynski »

Protonotaire

Cour fédérale



CANADA

Federal Court

COUR FÉDÉRALE
Avocats inscrits au dossier

DOSSIER : T-2267-04

INTITULÉ : ABBOTT LABORATORIES et
ABBOTT LABORATORIES LIMITED requérantes
et
LE MINISTRE DE LA SANTÉ et
PHARMASCIENCE INC. intimés

DATE DE L'AUDIENCE : LE 17 NOVEMBRE 2005

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE
ET ORDONNANCE :** LA PROTONOTAIRE MILCZYNSKI

COMPARUTIONS :

Steven Mason
Aaron Swachuk POUR LES REQUÉRANTES

Carol Hitchman
Mala Joshi POUR LES INTIMÉS

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McCarthy Tétrault
Avocats
Toronto (Ontario) POUR LES REQUÉRANTES

Hitchman & Sprigings
Avocats
Toronto (Ontario) POUR L'INTIMÉ