

Date : 20071129

**Dossiers : A-22-07
A-25-07**

Référence : 2007 CAF 379

**CORAM : LE JUGE LINDEN
LA JUGE SHARLOW
LE JUGE RYER**

Dossier : A-22-07

ENTRE :

APOTEX INC.

appelante

et

**BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY et
BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA INC.**

intimées

Dossier : A-25-07

ET ENTRE :

**BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY et
BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA INC.**

appelantes

et

APOTEX INC.

intimée

Audience tenue à Toronto (Ontario), le 26 novembre 2007
Jugement rendu à Toronto (Ontario), le 29 novembre 2007

MOTIFS DU JUGEMENT :

LA JUGE SHARLOW

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE LINDEN
LE JUGE RYER**

Date : 20071129

**Dossiers : A-22-07
A-25-07**

Référence : 2007 CAF 379

**CORAM : LE JUGE LINDEN
LA JUGE SHARLOW
LE JUGE RYER**

Dossier : A-22-07

ENTRE :

APOTEX INC.

appelante

et

**BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY et
BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA INC.**

intimées

Dossier : A-25-07

ET ENTRE :

**BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY et
BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA INC.**

appellantes

et

APOTEX INC.

intimée

MOTIFS DU JUGEMENT

LA JUGE SHARLOW

[1] Il s'agit en l'espèce de deux appels interlocutoires concernant une action en contrefaçon de brevet intentée par Bristol Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc.

(collectivement BMS) contre Apotex Inc. Les deux appels visent une requête par laquelle Apotex

cherche à obtenir des réponses à certaines questions lors d'un interrogatoire préalable. La requête a été accueillie en partie par la protonotaire Aronovitch dont l'ordonnance a été portée en appel devant la Cour fédérale. Le juge Martineau a rejeté les deux appels (ses motifs ne sont pas publiés). Les deux parties interjettent maintenant appel de la décision du juge Martineau. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis de rejeter les deux appels.

Norme de contrôle

[2] Étant donné que les questions portées en appel ne sont déterminantes pour aucun des points en litige et concernent l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire, le juge Martineau a eu raison d'affirmer qu'il ne pouvait pas intervenir sauf si l'ordonnance était manifestement erronée en ce sens que la protonotaire avait exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur une erreur de droit ou sur une mauvaise appréciation des faits. La Cour ne peut intervenir que si le juge Martineau a commis une erreur de droit en appliquant ces principes : *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2005 CAF 488.

Contexte

[3] Le brevet en litige est le brevet canadien numéro 1,198,436 (le brevet 436) qui comporte des revendications visant plusieurs composés obtenus à l'aide d'un certain procédé. L'un des composés revendiqués est la néfazodone. La néfazodone est l'ingrédient médicinal d'un médicament appelé Serzone, que BMS a déjà commercialisé au Canada. Pendant une certaine période avant l'expiration du brevet 436, Apotex a fabriqué et vendu au Canada un médicament qui contenait de la néfazodone et constituait une version générique du produit de BMS. Il semble que ce sont les activités

concurrentielles d'Apotex (ou les mesures prises à cette fin) qui sont à l'origine de l'action en contrefaçon de brevet.

[4] Apotex nie avoir contrefait le brevet 436; de plus, elle présente une demande reconventionnelle en faisant valoir que le brevet 436 est invalide. L'allégation d'invalidité repose sur divers motifs, notamment que le brevet est invalide pour cause d'inutilité, c'est-à-dire que l'invention brevetée ne fait pas ce que le mémoire descriptif prédit qu'elle fera (voir *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la page 525). BMS nie l'allégation d'inutilité.

[5] L'allégation d'inutilité est énoncée dans deux paragraphes des actes de procédure d'Apotex. Selon les parties, il s'agit d'une nouvelle allégation puisqu'elle a été ajoutée aux actes de procédure par voie de modification. Cette nouvelle allégation a été formulée après que l'on eut appris que le Serzone avait été retiré du marché en 2003. BMS affirme que le retrait était volontaire. Apotex prétend pour sa part que le produit a été retiré à la suite d'un avis de Santé Canada en date du 10 novembre 2003 mentionnant qu'une évaluation de l'innocuité effectuée par Santé Canada a permis d'établir que la néfazodone peut causer de graves effets indésirables sur le foie.

[6] Au début de 2005, la protonotaire Aronovitch a été saisie d'une requête d'Apotex visant à obtenir un affidavit de documents plus complet au sujet des nouvelles allégations d'inutilité. Apotex cherchait à obtenir un affidavit qui comprendrait ce qui suit :

- a) les notes de service, courriels ou documents internes de toute sorte de BMS concernant la décision de retirer son produit du marché;
- b) les notes de service, courriels ou autres formes de correspondance entre les parties BMS concernant la décision de retirer leur produit de néfazodone du marché;
- c) les données cliniques, résultats d'analyse en laboratoire, données statistiques ou autres ouvrages préparés ou utilisés par BMS concernant les effets secondaires de la néfazodone en général ou les effets particuliers de son produit de néfazodone sur le foie;
- d) les lettres, courriels ou autres formes de communication entre BMS et Santé Canada ou la Food and Drug Administration des États-Unis et les communications semblables entre BMS et d'autres organismes de réglementation ou du gouvernement;
- e) toute autre communication ou note de service ou tout autre document comportant des renseignements concernant la décision de BMS de retirer le produit du marché, ou en donnant un aperçu, y compris les communications adressées aux autorités en matière de santé, aux professionnels de la santé et au public.

[7] Dans une ordonnance datée du 4 avril 2005 (que les parties appellent l'« ordonnance plus détaillée et plus précise »), la protonotaire a accueilli la requête d'Apotex à l'égard de la troisième catégorie de documents énumérés ci-dessus et elle l'a rejetée pour ce qui est des quatre autres catégories. L'ordonnance plus détaillée et plus précise exigeait notamment que soient produits des affidavits de documents plus complets établissant la liste :

[TRADUCTION] ... de tous les documents que BMS a en sa possession, sous son autorité ou sous sa garde concernant des données cliniques, des résultats d'analyse en laboratoire, des données statistiques ou d'autres ouvrages préparés ou utilisés par [BMS] concernant les effets secondaires de la néfazodone en général ou les effets particuliers de son produit de néfazodone sur le foie.

[8] Apotex a interjeté appel de l'ordonnance plus détaillée et plus précise. Le juge Kelen a rejeté cet appel le 3 octobre 2005 (2005 CF 1348). Sa décision n'a pas été portée en appel.

[9] Les parties ont produit des affidavits de documents supplémentaires conformément à l'ordonnance plus détaillée et plus précise. Se fondant sur les affidavits produits par BMS, Apotex a repris, ainsi qu'elle en avait le droit, l'interrogatoire préalable d'un témoin de BMS, M. Ryan.

[10] Sur les conseils de l'avocat de BMS, M. Ryan n'a pas répondu à certaines questions. Apotex a sollicité une ordonnance lui enjoignant de répondre aux questions. Le 4 octobre 2006, la protonotaire Aronovitch a tranché la requête en accueillant celle-ci en partie. Elle a ordonné qu'une réponse soit fournie à certaines questions, que des documents soient produits en réponse à d'autres questions et, finalement, qu'aucune réponse ne soit donnée à certaines questions.

[11] Les deux parties ont interjeté appel de l'ordonnance rendue par la protonotaire. Le 5 janvier 2007, le juge Martineau a rejeté les deux appels. Les parties interjettent maintenant appel de la décision du juge Martineau.

[12] Dans l'appel interjeté par Apotex, onze des questions posées à l'interrogatoire préalable sont encore en litige. Apotex sollicite une ordonnance enjoignant à M. Ryan de répondre à ces questions ou de fournir une réponse s'ajoutant aux documents dont la production a déjà été ordonnée. Dans l'appel interjeté par BMS, six questions sont encore en litige (dont une question qui est également en litige dans l'appel d'Apotex). BMS sollicite une ordonnance portant qu'elle n'a pas besoin de répondre à ces six questions.

[13] Je souligne incidemment que BMS ne sollicite pas la suspension de l'ordonnance rendue par la protonotaire le 4 octobre 2006 et qu'elle a répondu à toutes les questions auxquelles elle devait répondre en application de l'ordonnance, notamment à celles qui font l'objet de son appel. L'avocat de BMS a dit que l'appel interjeté par sa cliente vise à empêcher Apotex d'utiliser les réponses aux questions contestées. Nul n'a soulevé la question de savoir si, advenant le cas où l'appel de BMS serait accueilli, il serait interdit à Apotex d'utiliser les réponses ou les renseignements contenus dans les réponses. Je ne me prononce pas sur ce point.

Analyse

(1) Questions préliminaires

[14] Il convient de traiter dans un premier temps de deux questions en litige. La première concerne des remarques incidentes faites par le juge Kelen dans ses motifs de jugement dont il est question plus haut. La seconde concerne les commentaires qu'a faits la protonotaire dans son ordonnance du 4 octobre 2006 au sujet de la portée de l'ordonnance plus détaillée et plus précise.

(1a) Les remarques incidentes du juge Kelen

[15] Dans ces appels, les deux parties ont mentionné les déclarations faites par le juge Kelen au sujet des motifs pour lesquels il rejetait l'appel interjeté par Apotex de l'ordonnance plus détaillée et plus précise (2005 CF 1348). Le juge Kelen a lui-même indiqué qu'il s'agissait de remarques incidentes (*obiter dicta*). Cependant, Apotex considère qu'il s'agit d'une directive quant aux documents qui devraient être produits si la demande en était faite lors de la prochaine série d'interrogatoires préalables. À l'appui de cet argument, Apotex invoque le fait que le juge Kelen a considéré que le succès de l'appel est « divisé », même s'il a rejeté l'appel.

[16] BMS fait valoir que les commentaires ne sont que des remarques incidentes (*obiter dicta*) n'ayant aucun effet obligatoire sur le processus de communication préalable en l'espèce. BMS s'appuie sur le fait que le juge Kelen n'a pas modifié l'ordonnance plus détaillée et plus précise. Il n'a pas non plus indiqué qu'il donnait une directive ou rendait une ordonnance concernant la production des documents demandés lors de l'interrogatoire préalable de M. Ryan relativement aux documents produits par suite de l'ordonnance plus détaillée et plus précise.

[17] En l'absence de toute indication claire du juge Kelen selon laquelle il voulait que ses commentaires soient autre chose que des remarques incidentes (*obiter dicta*), je conviens avec BMS qu'ils ne peuvent pas être considérés comme une directive ou une ordonnance.

(1b) L'interprétation que donne la protonotaire de l'ordonnance plus détaillée et plus précise

[18] Dans son ordonnance du 4 octobre 2006, la protonotaire a fait les commentaires suivants :

[TRADUCTION] La contradiction entre mon ordonnance du 14 [sic] avril 2005 [...] et les motifs du juge Kelen en date du 3 octobre 2005 est plus apparente que réelle. Bien que j'aie rejeté la production globale de la correspondance, des courriels, etc., concernant les communications en matière de réglementation, j'estime qu'il convient de donner à la nature des documents dont la production a été ordonnée une interprétation large de manière à englober les données ou informations de base, formelles ou factuelles concernant le profil des effets secondaires de la néfazadone [sic] dont les études, rapports, statistiques récapitulatives et demandes formelles faites à des organismes de réglementation et les directives, ou demandes formelles, d'organismes de réglementation concernant les effets secondaires du médicament, en particulier sur le foie (effets secondaires hépatiques).

[19] L'« ordonnance du 14 avril » est censée renvoyer à l'ordonnance plus détaillée et plus précise qui est citée plus haut. Par souci de commodité, je reprends ici le passage cité :

[TRADUCTION] ... de tous les documents que BMS a en sa possession, sous son autorité ou sous sa garde concernant des données cliniques, des résultats d'analyse en laboratoire, des données statistiques ou d'autres ouvrages préparés ou utilisés par [BMS] concernant les effets secondaires de la néfazodone en général ou les effets particuliers de son produit de néfazodone sur le foie.

[20] BMS prétend que les commentaires de la protonotaire dans son ordonnance du 4 octobre 2006 avaient pour but de modifier ou d'élargir la portée de l'ordonnance plus détaillée et plus précise. Je ne suis pas d'accord avec cet argument. À mon avis, la protonotaire donnait son interprétation de l'ordonnance plus détaillée et plus précise afin que l'ordonnance qu'elle s'apprêtait à rendre ne contredise pas celle-ci. C'est également de cette manière que le juge Martineau interprète ce passage puisqu'il a dit à la page 4 de son ordonnance :

[TRADUCTION] [la protonotaire] a tenu compte du fait que les commentaires incidents du

juge Kelen sur lesquels s'est appuyée [Apotex] pour demander que la communication de la preuve et la production des documents aient une plus grande portée n'avaient pas un caractère exécutoire, et elle a pris bien soin de clarifier l'étendue de l'interrogatoire préalable autorisé d'une manière qui, selon elle, ne contredisait ni la *ratio decidendi* ni les motifs fondamentaux de son ordonnance de production, qui a été confirmée en appel.

[21] BMS soutient également qu'étant donné que l'ordonnance plus détaillée et plus précise ne faisait droit à la requête d'Apotex qu'en ce qui concerne la troisième des cinq catégories de documents énumérés (voir plus haut, au paragraphe 6), il est erroné de considérer que l'ordonnance plus détaillée et plus précise est assez large pour englober les documents qui auraient fait partie de l'une des quatre autres catégories.

[22] À mon avis, BMS propose une analyse trop rigide. Les cinq catégories de documents énumérés au paragraphe 6 ne sont pas étanches. Un document pourrait se retrouver dans plus d'une catégorie. Dans un tel cas, il y a lieu pour le juge d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin de déterminer s'il est plus raisonnable de considérer que le document entre principalement dans la troisième catégorie (et est donc visé par l'ordonnance plus détaillée et plus précise) ou dans l'une des autres catégories (et fait donc partie des documents qui ont été jugés non pertinents aux fins du processus de communication préalable).

[23] Le libellé de l'ordonnance plus détaillée et plus précise est assez large pour inclure les documents contenant des données cliniques, des résultats d'analyse en laboratoire et des données statistiques sur les effets du Serzone sur le foie. Il est également assez large pour inclure les rapports qui concernent tous les effets secondaires de la néfazodone, et non pas seulement ses effets

secondaires hépatiques. De plus, l'ordonnance vise les documents concernant de tels rapports, ce qui comprend la correspondance interne ou externe échangée au sujet desdits rapports. À mon avis, l'interprétation que donne la protonotaire de l'ordonnance plus détaillée et plus précise est raisonnable.

(2) Pertinence

[24] Si je les comprends bien, les autres questions soulevées en appel concernent la pertinence. Deux éléments sont invoqués au sujet de la pertinence. Le premier concerne la détermination de ce que promet le brevet 436. Le second vise de façon plus générale l'étendue de la communication préalable. Je vais analyser chacun de ces éléments et examiner ensuite comment ils s'appliquent aux questions contestées en l'espèce.

(2)a) Ce que promet le brevet 436

[25] Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, les parties ne s'entendent pas sur ce que promet le brevet 436. Apotex affirme que le brevet 436 assure que la néfazodone a des effets secondaires minimes sans qu'il résulte des effets secondaires nocifs ou indésirables. BMS prétend que, si des résultats sont promis au chapitre des effets secondaires de la néfazodone, ces résultats concernent la sédation et la diminution de la tension artérielle et non la fonction hépatique. Elle affirme que la protonotaire aurait dû déterminer quelle interprétation est correcte, à défaut de quoi le juge Martineau aurait dû le faire. BMS fait valoir que, dans le cadre du présent appel, la Cour devrait faire ce qu'ils ont préféré ne pas faire.

[26] La protonotaire a examiné pour la première fois ce point dans l'ordonnance plus détaillée et plus précise. Elle a alors dit :

[TRADUCTION] ... je ne suis pas convaincue que les effets secondaires autres que [la sédation et la diminution de la tension artérielle] ne sont pas visés par la promesse du brevet [...] J'accueillerai en partie la demande d'Apotex sous réserve de la décision finale quant à la pertinence qui reviendra au juge de première instance qui entendra l'action en contrefaçon sur le fond.

En confirmant l'ordonnance plus détaillée et plus précise, le juge Kelen n'a pu trouver aucune erreur dans cette interprétation. La même interprétation est à l'origine de l'ordonnance qu'a rendue la protonotaire le 4 octobre 2006, ordonnance que le juge Martineau a confirmée dans l'ordonnance maintenant portée en appel.

[27] La détermination de ce que promet le brevet 436 est un élément de l'interprétation des brevets, une question de droit. Habituellement, l'interprétation des brevets nécessite l'aide de témoins experts. Cependant, il n'est pas toujours possible d'avoir accès à des témoins experts lorsqu'une question liée à l'interprétation des brevets est soulevée dans le cadre d'une requête préalable à l'instruction. Le juge ou le protonotaire qui est saisi d'une requête préalable à l'instruction peut estimer qu'il est approprié de trancher une question d'interprétation du brevet sans l'aide de témoins experts. Cela pourrait être le cas si, par exemple, le brevet est relativement simple ou si les parties y consentent. Toutefois, en règle générale, le juge ou le protonotaire saisi d'une telle requête ne commet pas d'erreur de droit en s'en remettant au juge de première instance quant aux questions d'interprétation du brevet.

[28] En l'espèce, l'avocat de BMS a considéré qu'il était relativement simple de déterminer ce que promettait le brevet 436 et il a invité la Cour à le faire. J'estime cependant que le mémoire descriptif du brevet 436 comporte des termes médicaux et scientifiques et décrit des concepts qu'il est plus facile de comprendre avec l'aide d'experts. C'est particulièrement vrai dans les présents appels, où les parties font valoir des points de vue si différents quant à ce que promet le brevet 436.

[29] Je considère que la protonotaire n'a commis aucune erreur en concluant que l'interprétation de la promesse du brevet 436 est un élément qui doit être tranché par le juge de première instance. Le juge Martineau a conclu à juste titre qu'il n'avait aucun motif de modifier l'ordonnance de la protonotaire à cet égard.

(2)b) Étendue de la communication préalable

[30] Pour déterminer si une question particulière posée lors de l'interrogatoire préalable de M. Ryan est appropriée, il faut déterminer si on peut raisonnablement conclure que la réponse à cette question pourrait inspirer à Apotex des recherches qui pourraient favoriser sa cause ou anéantir celle de BMS : *Apotex c. Canada*, 2005 CAF 217. Par exemple, Apotex a le droit de poser toute question qui pourrait lui permettre de soutirer à BMS un aveu au sujet d'un fait pertinent ou d'obtenir des renseignements à relativement des documents qui n'ont pas été communiqués mais qui satisfont au critère de pertinence aux fins de la communication préalable à l'instruction, ainsi qu'il a été indiqué dans l'ordonnance plus détaillée et plus précise, sous réserve toujours du pouvoir discrétionnaire d'un protonotaire ou d'un juge de contrôler les abus dans la procédure de communication préalable.

[31] Pour déterminer s'il est satisfait au critère de pertinence dans un cas donné, il convient d'examiner l'allégation que la partie qui procède à l'interrogatoire tente d'établir ou de réfuter. En l'espèce, Apotex tente de faire valoir son allégation d'inutilité (reposant sur son interprétation de ce que promet le brevet 436, ainsi qu'il a été expliqué plus haut) ou d'anéantir la thèse de BMS qui nie l'allégation d'inutilité.

[32] Une allégation d'inutilité comporte à la fois un élément juridique (l'interprétation du brevet quant à ce qu'il promet) et un élément factuel (savoir si la promesse a été remplie). Pour ce qui est de l'élément factuel, Apotex a, de façon générale, le droit, par exemple, de tenter de faire admettre à BMS que la néfazodone provoque des troubles hépatiques ou que BMS dispose d'éléments de preuve qui permettent de prouver ou de réfuter que la néfazodone provoque des troubles hépatiques.

[33] BMS soutient que certaines des questions en litige dans l'appel interjeté par Apotex seraient plus pertinentes s'il était question de la responsabilité du fabricant ainsi que de l'innocuité et de l'efficacité de la néfazodone, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. Le problème que pose cet argument est que la promesse du brevet 436, ainsi que l'interprète Apotex, pourrait très bien faire intervenir des faits qui pourraient être pertinents dans une action fondée sur la responsabilité du fabricant. Si Apotex interprète correctement la promesse du brevet 436 (ce qui, comme il a été expliqué plus haut, est discutable), les questions portant sur l'existence d'effets secondaires graves sont légitimes parce qu'elles pourraient permettre d'obtenir des aveux ou d'établir des faits pertinents. Par contre, une question qui vise à obtenir des renseignements sur

l'opinion de BMS au sujet de l'étendue de la promesse du brevet 436 n'est pas pertinente à première vue parce qu'une opinion n'apporte rien quant à l'interprétation correcte du brevet ou quant à savoir si la promesse s'est matérialisée.

[34] Entre ces deux situations extrêmes, certaines questions peuvent permettre d'obtenir ou non des renseignements pertinents à l'étape de la communication préalable. Par exemple, une question qui vise à obtenir des renseignements au sujet de la réaction de BMS à un rapport sur les effets secondaires peut ne pas être pertinente pour l'interprétation du brevet, mais être néanmoins légitime dans la mesure où elle peut permettre d'approfondir la question de savoir si la promesse du brevet s'est concrétisée. Toutefois, même lorsque ce critère est rempli, on peut se demander si la question permettra d'obtenir des renseignements qui n'ont rien à voir avec la communication préalable au procès. En cas de litige quant à la légitimité d'une telle question, le juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer la valeur éventuelle de la réponse en tant qu'élément de preuve par rapport au risque d'abus dans le processus de communication préalable. Cette question peut se poser dans diverses situations, notamment lorsque, comme en l'espèce, la pertinence et la non-pertinence de certaines catégories de renseignements ont déjà été déterminées.

[35] Pour déterminer quelles sont les questions pertinentes et celles qui ne le sont pas, il convient d'examiner le contexte factuel et procédural de l'affaire, en tenant compte des principes juridiques applicables. La décision rendue en première instance par un juge ou un protonotaire sera maintenue si elle est raisonnable, à moins qu'elle soit fondée sur une erreur de droit.

[36] Il ressort de l'historique des procédures en l'espèce que, aux fins de la communication préalable de la preuve, tout document qui est visé par l'ordonnance plus détaillée et plus précise est pertinent. Il en résulte que Apotex a droit à la communication de tout document [TRADUCTION] « concernant des données cliniques, des résultats d'analyse en laboratoire, des données statistiques ou d'autres ouvrages préparés ou utilisés par [BMS] concernant les effets secondaires de la néfazodone en général ou les effets particuliers de leur produit de néfazodone sur le foie ». Par conséquent, dans la mesure où elle enjoignait à BMS de produire un document qui correspond à la description prévue dans l'ordonnance plus détaillée et plus précise, l'ordonnance rendue par la protonotaire le 4 octobre 2006 doit être maintenue.

[37] Apotex soutient que, pour les mêmes raisons, toute question qui a été posée à M. Ryan lors de son interrogatoire préalable et qui est visée par l'ordonnance plus détaillée et plus précise est également légitime, et que le protonotaire ainsi que le juge Martineau ont commis une erreur en ne tenant pas compte de ce principe. Apotex ajoute que si le juge Martineau a évoqué le critère axé sur la recherche des faits, il ne précise pas s'il a examiné si ce critère a été rempli en ce qui a trait au volet factuel de l'allégation d'inutilité; c'est pourquoi, la Cour peut examiner la question *de novo* (*Infonet Services Corp. c. Matrox Electronic Systems Ltd.*, 2004 CAF 162).

[38] À mon avis, rien ne permet de conclure que le juge Martineau n'était pas au courant de l'existence dudit critère ou qu'il n'en a pas tenu compte relativement aux questions contestées dans l'appel formé par Apotex.

[39] La seule question qu'il reste à trancher est celle de savoir si la protonotaire Aronovitch a commis une erreur de droit dans ses décisions concernant les questions contestées dans les appels formés par Apotex et par BMS. Je vais maintenant examiner cette question.

[40] Les questions contestées sont indiquées par le numéro utilisé dans l'ordonnance du 4 octobre 2006 de la protonotaire et par renvoi à la transcription de l'interrogatoire de M. Ryan. En voici un résumé :

Renvoi	Question	Ordonnance de la protonotaire
8 43:17-19	Indiquer si Bristol-Myers a reçu des rapports négatifs concernant les effets secondaires hépatiques possibles liés à l'utilisation du Serzone.	Une réponse doit être donnée. (BMS sollicite une ordonnance portant qu'elle n'était pas tenue de répondre.)
9 45:12	Indiquer si Bristol-Myers conserve des copies des rapports négatifs.	Une réponse doit être donnée. (BMS sollicite une ordonnance portant qu'elle n'était pas tenue de répondre.)
11 45:21-23	Indiquer quand les rapports négatifs ont été reçus et en fournir des copies.	Une réponse doit être donnée dans la mesure où des copies des rapports mentionnés sont demandées. (BMS sollicite une ordonnance portant qu'elle n'était pas tenue de répondre.)
12 47:20-22	Fournir d'autres études pour les autres rapports négatifs, le cas échéant, peu importe qu'elles soient antérieures ou postérieures au 7 décembre 2000.	Une réponse doit être donnée dans la mesure où les rapports demandés doivent concerner les effets secondaires négatifs. (BMS sollicite une ordonnance portant qu'elle n'était pas tenue de répondre.)
17 48:13-16	Après avoir reçu le document 27 (un rapport scientifique préparé à la demande de BMS et intitulé « Antidepressants and Liver Failure » (antidépresseurs et insuffisance hépatique) afin de déterminer si la néfazodone était associée à un taux plus élevé d'insuffisance	Pas besoin de répondre à cette question. (Apotex sollicite une réponse.)

		<p>hépatique grave que les autres antidépresseurs), Bristol-Myers U.S. avait-elle encore des raisons de s'inquiéter que la néfazodone puisse avoir des effets indésirables différents de ceux des autres antidépresseurs?</p>	
18	49: 14-5, 18-19	<p>Si la réponse à cette question est affirmative, quels étaient les motifs d'inquiétude? Produire les documents pertinents liés à ces inquiétudes.</p>	<p>Une réponse n'est nécessaire que dans la mesure où des copies des documents expliquant ces inquiétudes sont demandées.</p> <p>(Outre ces documents, Apotex sollicite une réponse.)</p>
	59:21 - 60:7	<p>S'informer des personnes qui, aux É.-U., ont des renseignements au sujet de la manière dont la décision a été prise concernant la néfazodone et produire les documents relatifs aux effets secondaires de la néfazodone pour le foie ainsi qu'aux autres effets secondaires qui peuvent avoir entraîné la décision de ne pas vendre ce produit aux É.-U.</p>	<p>Une réponse n'est nécessaire que dans la mesure où elle concerne la production des études, rapports, statistiques récapitulatives et demandes formelles présentés aux organismes de réglementation ou reçus de ceux-ci concernant les effets secondaires.</p> <p>(Outre ces documents, Apotex sollicite une réponse.)</p>
22	66:4-7	<p>Indiquer si Bristol-Myers Pharmaceutical Institute (l'organisme qui, au sein de BMS, s'occupe de la découverte et de la mise au point de médicaments) conserve des données au sujet des fonctions dont il est responsable.</p>	<p>Pas besoin de répondre à cette question.</p> <p>(Apotex sollicite une réponse.)</p>
67	70:18-22	<p>En ce qui concerne les échanges entre BMS U.S. et la FDA au sujet du retrait du Serzone, indiquer s'il y a eu des discussions au sujet des effets hépatiques et des effets secondaires.</p>	<p>Pas besoin de répondre à cette question.</p> <p>Toutefois, si, dans une demande formelle présentée à la FDA ou faite par celle-ci, il est question de documents qui contiennent des données factuelles ou des données sommaires concernant les effets secondaires indésirables, les documents doivent être produits.</p> <p>(Outre ces documents, Apotex sollicite une réponse.)</p>
31	72:17-73:19	<p>Indiquer si, quelqu'un chez Bristol-Myers Squibb U.S., était au courant des 53 signalements d'effets indésirables qui ont été faits en Suède et mentionnés dans un bulletin de l'OMS concernant les effets</p>	<p>Pas besoin de répondre à cette question. Si, toutefois, les mesures prises par BMS ont entraîné la préparation d'une étude ou d'un rapport sur les</p>

		indésirables et, dans l'affirmative, indiquer quelles mesures, le cas échéant, Bristol-Myers a prises à cet égard.	effets secondaires hépatiques, ces documents doivent être produits. (Outre ces documents, Apotex sollicite une réponse.)
33	75:7-14	S'informer auprès des personnes qui, dans le groupe où se sont produits des effets indésirables ou le groupe clinique de la phase 4, si elles ont reçu une copie du rapport 19 de l'OMS. Indiquer si [BMS] était au courant des cas qui se sont produits entre 1995 et 1997 et qui ne sont pas mentionnés dans le rapport, et indiquer ce que [BMS] a fait, le cas échéant, au sujet des effets indésirables.	Pas besoin de répondre à cette question. Cependant, si les mesures prises par BMS ont entraîné la préparation d'une étude ou d'un rapport sur les effets secondaires hépatiques, ces documents doivent être produits. (Outre ces documents, Apotex sollicite une réponse.)
45	81:9-18	En ce qui concerne la recommandation faite dans la dernière phrase de l'article indiquant que la néfazodone a provoqué une insuffisance hépatique grave, confirmer si quelqu'un chez Bristol-Myers a donné suite à la recommandation selon laquelle il convenait de « faire preuve de prudence et de surveiller étroitement les patients » en cas de traitement avec la néfazodone et, le cas échéant, indiquer les mesures prises.	Pas besoin de répondre à cette question. Cependant, si les mesures prises par BMS ont entraîné la préparation d'une étude ou d'un rapport sur les effets secondaires hépatiques, ces documents doivent être produits. (Outre ces documents, Apotex sollicite une réponse.)
47	84:11-13	Pour ce qui est du procès-verbal d'une rencontre du comité de la Nouvelle-Zélande sur les effets indésirables, indiquer si Bristol-Myers a pris des mesures concernant la déclaration faite au sujet du taux de réactions hépatiques causées par la néfazodone.	Pas besoin de répondre à cette question. Cependant, si les mesures prises par BMS ont entraîné la préparation d'une étude ou d'un rapport sur les effets secondaires hépatiques, ces documents doivent être produits. (Outre ces documents, Apotex sollicite une réponse.)
59	92:11-12	Pour ce qui est de la lettre datée du 20 juin 2001 que BMS et Linson Pharmaceutical Inc. ont envoyée aux professionnels de la santé concernant 109 cas de réactions hépatiques graves en liaison avec la prise de néfazodone, indiquer quelle mesure, le cas échéant, Bristol-Myers a prise lorsqu'elle a été mise au courant de ces cas.	Pas besoin de répondre à cette question. Cependant, si les mesures prises par BMS ont entraîné la préparation d'une étude ou d'un rapport sur les effets secondaires hépatiques, ces documents doivent être produits. (Outre ces documents, Apotex sollicite une réponse.)
63	97:3-9	Produire la correspondance échangée par Bristol-Myers et la Swedish Medical Products Agency concernant l'obligation d'inscrire sur	Une réponse doit être fournie dans la mesure où le contrôle

		l'étiquette de la néfazodone le contrôle obligatoire des enzymes hépatiques des patients.	concerne les effets secondaires. (BMS sollicite une ordonnance portant qu'elle n'était pas tenue de répondre.)
64	98:3-6	Indiquer quels renseignements, factures ou autres, Bristol-Myers possède au sujet des cas de dommages au foie qui ont été signalés chez des patients en Suède.	Une réponse doit être donnée dans la mesure où elle vise la production des documents qui y sont mentionnés. (Outre ces documents, Apotex sollicite une réponse. BMS sollicite une ordonnance portant qu'elle n'était pas tenue de répondre.)

[41] Je vais tout d'abord examiner l'appel de BMS. Les six questions contestées dans cet appel sont les suivantes : 8, 9, 11, 12, 63 et 64. Après examen du dossier, j'estime qu'il était raisonnable pour la protonotaire de conclure que chacune de ces questions entraînera la production de documents qui sont visés par l'ordonnance plus détaillée et plus précise. Il s'ensuit que la protonotaire n'a pas commis d'erreur de droit en exigeant qu'une réponse soit donnée à ces questions.

[42] Les onze questions contestées dans l'appel interjeté par Apotex sont les suivantes : 17, 18, 22, 30, 31, 33, 45, 47, 59, 64 et 67. La protonotaire a conclu qu'il n'était pas nécessaire de répondre aux questions 17 et 22, mais qu'il fallait répondre aux autres questions contestées dans la mesure seulement où elles visaient à obtenir certains documents. À mon avis, chacune de ces questions comporte des éléments similaires et mènent à la même décision. J'examinerai uniquement la question 17. La même analyse s'applique à toutes les autres questions.

[43] La question 17 avait pour but de déterminer si BMS avait [TRADUCTION] « encore des motifs de s'inquiéter » de certaines études. Apotex soutient que cette question pourrait permettre d'obtenir

une réponse qui révélerait si les effets indésirables mentionnés dans les études constituaient un vice dans l'invention telle qu'elle est revendiquée. BMS allègue pour sa part que la question telle qu'elle a été posée ne permettrait d'obtenir qu'une opinion qui n'est pas pertinente à l'allégation d'inutilité.

[44] Le problème de l'argumentation de BMS est que cette dernière présume que le seul élément de l'allégation d'inutilité est la question de l'interprétation du brevet. Ainsi qu'il a été expliqué plus haut, l'allégation d'inutilité avancée par Apotex comporte également un élément factuel qui permet que des questions factuelles soient posées au sujet de l'existence des effets secondaires. Les études cliniques et les autres données de base ne permettent pas nécessairement de fournir une réponse complète à ces questions. Les avis, inquiétudes et mesures de BMS peuvent également être pertinents en ce sens qu'ils peuvent mener à approfondir les faits.

[45] Cependant, l'argumentation d'Apotex présente elle aussi un problème parce qu'elle ne tient pas compte de l'ordonnance plus détaillée et plus précise. À mon avis, la protonotaire Aronovitch a eu raison de demander si la question 17 qui est contestée permettrait d'obtenir une réponse entrant dans l'une des quatre catégories au sujet desquelles elle a décidé qu'elles n'étaient pas pertinentes au stade de la communication préalable de la preuve. Si elle a conclu avec raison que la réponse était affirmative, elle avait alors le pouvoir discrétionnaire de conclure qu'une telle question n'était pas légitime, même si on pouvait également alléguer que le critère axé sur la recherche des faits était rempli ou que la question pourrait également être visée par l'ordonnance plus détaillée et plus précise.

[46] En ce qui concerne la question 17, la protonotaire Aronovitch a tenu compte de ces considérations opposées et les a tranchées en faveur de BMS. À mon avis, cette conclusion était raisonnable et représentait un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire. Le juge Martineau a eu raison de ne pas intervenir. Je tire la même conclusion au sujet de toutes les autres questions contestées dans l'appel d'Apotex.

Conclusion

[47] Je suis d'avis de rejeter les deux appels et je n'adjugerais pas de dépens

« K. Sharlow »

j.c.a.

« Je suis d'accord
A.M. Linden, j.c.a. »

« Je suis d'accord
C. Michael Ryer, j.c.a. »

Traduction certifiée conforme
Suzanne Bolduc, LL.B.

Jay Zakaïb
Marc Richard

POUR LES INTIMÉES
(BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY
et al., A-22-07)

John H. Simpson

POUR L'INTIMÉE
(APOTEX INC., A-25-07)

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

GOODMANS LLP
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR L'APPELANTE
(APOTEX INC., A-22-07)

GOWLING LaFLEUR HENDERSON LLP
Avocats
Ottawa (Ontario)

POUR LES APPELANTES
(BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY
et al., A-25-07)

GOWLING LaFLEUR HENDERSON LLP
Avocats
Ottawa (Ontario)

POUR LES INTIMÉES
(BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY
et al., A-22-07)

GOODMANS LLP
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉE
(APOTEX INC., A-25-07)