

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20130219

**Dossiers : A-337-12
A-338-12
A-339-12**

Référence : 2013 CAF 45

**CORAM : LE JUGE EN CHEF BLAIS
LA JUGE GAUTHIER
LA JUGE TRUDEL**

Dossier : A-337-12

ENTRE :

APOTEX INC.

appelante

et

ELI LILLY CANADA INC.

intimée

Dossier : A-338-12

ENTRE :

APOTEX INC.

appelante

et

**ELI LILLY CANADA INC., ELI LILLY AND COMPANY,
ELI LILLY S.A. et LILLY, S.A.**

intimées

Dossier : A-339-12

ENTRE :

**APOTEX INC. et TEVA CANADA LIMITÉE (auparavant connue
sous le nom de NOVOPHARM LIMITÉE)**

appelantes

et

**ELI LILLY CANADA INC., ELI LILLY AND COMPANY,
ELI LILLY S.A. et LILLY, S.A.**

intimées

Audience tenue à Montréal (Québec), le 19 février 2013

Jugement rendu à l'audience à Montréal (Québec), le 19 février 2013

MOTIFS DU JUGEMENT :

LA COUR

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20130219

**Dossiers : A-337-12
A-338-12
A-339-12**

Référence : 2013 CAF 45

**CORAM : LE JUGE EN CHEF BLAIS
LA JUGE GAUTHIER
LA JUGE TRUDEL**

Dossier : A-337-12

ENTRE :

APOTEX INC.

appelante

et

ELI LILLY CANADA INC.

intimée

Dossier : A-338-12

ENTRE :

APOTEX INC.

appelante

et

**ELI LILLY CANADA INC., ELI LILLY AND COMPANY,
ELI LILLY S.A. et LILLY, S.A.**

intimées

Dossier : A-339-12

ENTRE :

**APOTEX INC. et TEVA CANADA LIMITÉE (auparavant connue
sous le nom de NOVOPHARM LIMITÉE)**

appelantes

et

**ELI LILLY CANADA INC., ELI LILLY AND COMPANY,
ELI LILLY S.A. et LILLY, S.A.**

intimées

MOTIFS DU JUGEMENT DE LA COUR

(Prononcés à l'audience à Montréal (Québec), le 19 février 2013)

[1] Il s'agit d'appels réunis interjetés par Apotex Inc. (Apotex) à l'encontre d'une ordonnance prononcée par le juge Rennie de la Cour fédérale (2012 FC 880), par laquelle il a maintenu l'ordonnance de la protonotaire Aronovitch (T-656-09, T-512-10, T-516-10) qui autorisait le groupe de sociétés Eli Lilly (Lilly) à prélever des échantillons de différents lots de chlorhydrate de raloxifène en vrac pour mener des tests décrits dans ladite ordonnance. L'ordonnance contestée a été rendue en application de l'article 249 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), dont l'interprétation est au coeur des présents appels.

[2] Les appels ont été entendus le même jour que les autres appels formés par Apotex dans le même contexte. Dans le dossier A-300-12, Apotex et Apotex Pharmachem Inc. interjettent appel à l'encontre d'une ordonnance prononcée par la juge Tremblay-Lamer (dossier T-1407-09) maintenant l'ordonnance antérieure de la protonotaire Tabib, cette fois en faveur de H. Lundbeck A/S. Dans le dossier A-370-12, Apotex et Apotex Pharmachem Inc. interjettent

appel à l'encontre d'une ordonnance prononcée par le juge Mosley (2012 FC 991) maintenant également une ordonnance antérieure de la protonotaire Aronovitch dans un dossier opposant Apotex et le groupe de sociétés Astrazeneca (Astrazeneca).

[3] Par conséquent, les motifs de la Cour traitant des arguments d'Apotex sur la façon dont la Cour fédérale a interprété l'article 249 des Règles dans les présents appels réunis seront incorporés par renvoi dans les motifs relatifs aux appels A-300-12 et A-370-12. Toute question propre à l'un de ces dossiers sera évidemment examinée, si nécessaire, dans les motifs s'y rapportant.

[4] Il est bien établi en droit qu'un juge siégeant en appel ne doit pas modifier l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire, sauf si :

a) l'ordonnance est entachée d'une erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire sur le fondement d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits;

b) le protonotaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire relativement à une question ayant une influence déterminante sur la décision finale quant au fond.

(*Z. I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450, au paragraphe 18, qui renvoie à l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.F.), aux pages 462 et 463.)

[5] L'article 249 des Règles établit un mécanisme d'examen préalable qui permet à la Cour, si elle l'estime « nécessaire ou opportun [*necessary or expedient*] pour obtenir des renseignements complets ou une preuve complète [*information or evidence in full*] », d'ordonner à l'égard des biens qui font l'objet de l'action :

a) que des échantillons de ces biens soient prélevés;

- b) que l'examen de ces biens soit effectué;
- c) que des expériences soient effectuées sur ces biens ou à l'aide de ceux-ci.

[6] Le paragraphe 5 du mémoire des faits et du droit d'Apotex résume bien sa thèse :

[TRADUCTION]

[...] Les décisions des instances inférieures donnent trop peu d'importance aux exigences de « nécessité ou d'opportunité » qu'impose l'article 249 des Règles, ne tiennent pas compte de l'avertissement de la Cour qu'il ne faut accorder l'autorisation de prélever des échantillons que dans des circonstances exceptionnelles, et permettent aux parties requérantes de se soustraire à leur obligation de s'acquitter du fardeau de la preuve qui leur incombe sous le régime de l'article 249 des Règles. Ainsi, les décisions des instances inférieures remplacent la réticence dont la Cour a toujours fait preuve lorsqu'il s'agit d'empiéter sur les droits de propriété d'une partie et font plutôt place à la volonté apparente de permettre un tel empiétement, rendant ainsi l'article 249 des Règles redondant.

[7] Le libellé de l'article 249 des Règles est essentiellement le même que celui de l'ancien article 471 (avant la révision des Règles en 1998). Il est aussi très semblable aux règles de procédure applicables en Saskatchewan, en Colombie-Britannique et au Yukon, dans lesquelles figurent les mots « nécessaire ou opportun » (*Queen's Bench Rules* de la Saskatchewan, article 390, *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 168/2009, alinéa 7-6(4), *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90, paragraphe 30(4) (abrogé), *Règles de procédure* du Yukon, décret 2009/65, paragraphe 30(5)), alors que les règles applicables en Ontario, au Manitoba, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Nouveau-Brunswick, par exemple, ne renvoient qu'à la notion de ce qui est « nécessaire à la résolution équitable d'une question en litige dans l'instance » (*Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 32.01, *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, Règl. du Man. 553/88, règle 32.01, *Rules of Civil Procedure* de

l'Île-du-Prince-Édouard, règle 32.01, *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick, Règl. du N.-B. 82-73, règle 35.01).

[8] Les parties ont présenté à la Cour de la jurisprudence indiquant que le mot « nécessaire » employé dans les différentes règles de procédure provinciales semble avoir été interprété de façon constante comme voulant dire qu'il existe [TRADUCTION] « une possibilité raisonnable que l'essai projeté révélera quelque chose d'utile au juge des faits (c'est-à-dire quelque chose qui l'aidera à trancher une question en litige dans l'instance) » (voir, par exemple, *Peel School District No. 19 c. 553518 Ontario Ltd. (s/n Munden Park Electric)*, [2000] O.T.C. 687, 49 C.P.C. (4th) 384 (C.S.J.), au paragraphe 16, *I.C.R. General Contractors Ltd. c. Broadview Developments Ltd.*, 2011 NBBR 20, au paragraphe 12, *Thorpe c. Honda Canada, Inc.*, 2009 SKQB 488, au paragraphe 22, *Bennett c. D.C. Jones Circle V. Ranches Ltd.* (1987), 20 C.P.C. (2d) 213, 52 Alta. L.R. (2d) 253 (B.R. Alb.), aux paragraphes 2 et 4, *Dexter Estate c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2007 NBQB 266, aux paragraphes 6 et 7).

[9] Apotex n'a pas expliqué pourquoi cette interprétation ne devrait pas s'appliquer dans le cas de l'article 249 des Règles. Elle s'appuie tout simplement sur les décisions antérieures de la Cour qui, selon elle, indiquent que le mot « nécessaire » a une signification différente à l'article 249 des Règles. Apotex soutient que le critère de la pertinence que font entrer en jeu les autres dispositions en matière d'examen préalable, par exemple l'article 223 des Règles, ne permet pas à lui seul de satisfaire aux exigences de l'article 249 des Règles. Sinon, pourquoi devrait-on solliciter une ordonnance de la Cour? Nécessairement, soutient Apotex, parce que le

critère de l'article 249 des Règles est plus strict. L'approche préconisée par Apotex relativement à l'article 249 des Règles ne saurait être retenue.

[10] Si on le lit en tenant compte de l'article 3 des Règles, qui a été ajouté lors de la révision des Règles en 1998, le critère énoncé à l'article 249 est clair et il n'est pas nécessaire que la Cour fournisse des lignes directrices plus strictes et détaillées quant à son application. De fait, il ne serait pas sage de tenter de le faire, puisqu'il est évident que l'emploi des mots « nécessaire ou opportun » visait à conférer à la Cour un vaste pouvoir discrétionnaire. Comme toujours, il importe de tenir compte des faits, surtout lorsqu'il est question de requêtes telles que celles qui se fondent sur l'article 249 des Règles, qui nécessitent que la Cour mette en balance de nombreux facteurs liés aux intérêts des trois principaux intéressés : ceux de la partie qui demande le prélèvement d'échantillons ou leur examen, ceux de la partie qui possède les biens visés, et ceux du juge des faits. C'est parce qu'il est nécessaire de soupeser tous les facteurs pertinents qu'une requête doit être présentée en vertu de l'article 249 des Règles alors que ce n'est pas le cas pour les autres règles sur l'examen préalable. À notre avis, voilà exactement ce que la protonotaire avait à l'esprit lorsqu'elle a entrepris de se prononcer sur les requêtes qui lui étaient présentées.

[11] Nous rejetons la thèse d'Apotex voulant que la Cour ait énoncé un critère strict dans les arrêts *P.J. Wallbank Manufacturing Co. Limited c. Kuhlman Corporation*, [1981] 1 C.F. 645 (C.A.F.) (*Wallbank*), à la page 646, et *Posi-Slope Enterprises Inc. c. Siblo Inc.*, [1984] A.C.F. n° 507 (QL) (C.A.F.) (*Posi-Slope*), et suivant laquelle la protonotaire et le juge étaient tenus d'exiger qu'il soit démontré que les tests proposés constituaient « le seul moyen » auquel pouvaient recourir les intimées pour présenter leur cause, ou à tout le moins qu'il

s'agissait d'un cas « exceptionnel » où les tests étaient la solution de « dernier ressort », comme il est mentionné dans l'arrêt *Gerber Garment Technology, Inc. c. Lectra Systems of Canada Inc.*, [1996] A.C.F. n° 41 (QL) (C.A.F.) (*Gerber*), au paragraphe 3.

[12] Dans l'arrêt *Wallbank*, la Cour a infirmé la décision du juge Cattanach au motif qu'il avait commis une erreur lorsqu'il avait conclu que l'inspection des locaux était le seul moyen qui s'offrait à la demanderesse. Cela étant, et compte tenu du tort (préjudice) irréparable qui pouvait découler de cette inspection, la Cour a conclu que le juge n'aurait pas dû prononcer l'ordonnance. Cette conclusion était fondée sur la mise en balance des facteurs pertinents en fonction des faits particuliers de l'affaire.

[13] Dans l'arrêt *Posi-Slope*, précité, notre Cour a rejeté la requête au motif que la mesure sollicitée n'était pas « nécessaire soit pour les plaidoiries soit pour quelque autre fin immédiate », et a expressément réservé aux demandeurs la possibilité de présenter une autre requête à un stade ultérieur. On ne saurait dire que l'arrêt *Posi-Slope* examine la portée complète de l'article 249 des Règles (comme il se lisait à l'époque), alors même qu'il n'est pas fait mention du libellé de cette disposition dans les motifs de la Cour.

[14] La Cour convient avec Apotex que le même critère entre en jeu en ce qui concerne toutes les ordonnances rendues sur le fondement de l'article 249 des Règles. Toutefois, comme il a déjà été souligné, il importe de tenir compte des faits. Nous sommes aussi conscients que la mise en équilibre des facteurs pertinents peut très bien mener au rejet d'une requête visant l'inspection de locaux privés, comme ce fut le cas dans les arrêts *Wallbank* et *Posi-Slope*, étant donné que la

mesure constitue une intrusion importante et risque de causer un tort irréparable à la partie dont les locaux sont visés.

[15] Habituellement, les renseignements disponibles lors de l'examen préalable (par exemple, une description complète et détaillée des biens ou de la machinerie ou des photographies de ceux-ci) permettent de répondre à tous les intérêts en jeu. Cependant, dans des affaires complexes portant sur des brevets pharmaceutiques, comme les espèces, les mécanismes habituels de l'examen préalable peuvent ne pas suffire et il n'est pas rare que les parties doivent recourir à l'article 249 des Règles. Bien sûr, les ordonnances ne seront accordées que si la Cour fédérale estime qu'il a été satisfait aux exigences de l'article 249 des Règles.

[16] Dans de tels cas, le critère de l'« opportunité » peut jouer un rôle particulièrement important dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour (*Richter Gedeon Vegyészeti Gyar Rt c. Apotex Inc.*, dossier T-2520-93, le juge en chef adjoint Lutfy, 4 décembre 2000, *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar Rt c. Apotex Inc.*, 2002 CFPI 1284, conf. par 2003 FCA 221, *Glaxo Group Ltd. c. Novopharm Ltée*, [1999] A.C.F. n° 381 (QL) (C.F. 1^{re} inst.)).

[17] Nous sommes d'avis que le juge et la protonotaire ont bien compris les observations d'Apotex, notamment en ce qui concerne le fait que Lilly avait déjà obtenu une ordonnance relativement à une première série d'échantillons. Au vu des motifs énoncés à l'appui de sa décision, nous souscrivons à l'analyse de la Cour fédérale et au résultat qui en découle.

[18] En concluant ainsi, nous gardons à l'esprit le principe énoncé dans des arrêts antérieurs de la Cour, selon lequel il faut faire montre de beaucoup de prudence avant d'intervenir dans les décisions discrétionnaires portant, comme c'est le cas en l'espèce, sur des questions qui ne sont pas cruciales, rendues par des protonotaires ou des juges de la Cour fédérale appelés à gérer une instance (voir *Bande de Sawridge c. Canada*, [2002] 2 C.F. 346, 2001 CAF 338, au paragraphe 11, *j2 Global Communications, Inc. c. Protus IP Solutions Inc.*, 2009 CAF 41, au paragraphe 16, *Conseil Mushkegowuk c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 133, au paragraphe 5).

[19] Par conséquent, les appels seront rejetés avec dépens et une copie des présents motifs sera versée dans chacun des appels réunis (A-337-12, A-338-12, A-339-12), et un jugement formel sera rendu dans chacun de ces appels.

« Pierre Blais »

Juge en chef

« Johanne Gauthier »

j.c.a.

« Johanne Trudel »

j.c.a.

Traduction certifiée conforme
Yves Bellefeuille, réviseur

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : A-337-12
A-338-12

INTITULÉS : APOTEX INC. c. ELI LILLY CANADA INC.
APOTEX INC. c. ELI LILLY CANADA INC.
ET AL.

LIEU DE L'AUDIENCE : Montréal (Québec)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 19 février 2013

**MOTIFS DU JUGEMENT
DE LA COUR :** LA COUR

PRONONCÉS À L'AUDIENCE PAR : LA JUGE TRUDEL

COMPARUTIONS :

Andrew Brodkin POUR L'APPELANTE
Sandon Shogilev

Patrick Smith POUR LES INTIMÉES
Viktor Haramina

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

GOODMANS LLP POUR L'APPELANTE
Toronto (Ontario)

GOWLING LAFLEUR HENDERSON POUR LES INTIMÉES
S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Ottawa (Ontario)

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-339-12

INTITULÉ : APOTEX INC. ET AL. c. ELI LILLY
CANADA INC. ET AL.

LIEU DE L'AUDIENCE : Montréal (Québec)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 19 février 2013

**MOTIFS DU JUGEMENT
DE LA COUR :** LA COUR

PRONONCÉS À L'AUDIENCE PAR : LA JUGE TRUDEL

COMPARUTIONS :

Andrew Brodkin POUR LES APPELANTES
Sandon Shogilev

Jason Markwell POUR LES INTIMÉES
Louisa Pontrelli

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

GOODMANS LLP POUR LES APPELANTES
Toronto (Ontario)

NORTON ROSE CANADA S.E.N.C.R.L., s.r.l. POUR LES INTIMÉES
Ottawa (Ontario)