

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20200408

Dossier : A-16-20

Référence : 2020 CAF 71

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE DE MONTIGNY
LA JUGE WOODS
LE JUGE LASKIN**

ENTRE :

APOTEX INC.

appellante

et

**BAYER INC. et BAYER INTELLECTUAL
PROPERTY GMBH, TEVA CANADA
LIMITED, TARO PHARMACEUTICALS
INC. et SANDOZ CANADA INC.**

intimées

Audience tenue par téléconférence à Ottawa (Ontario) et à Toronto (Ontario), le 1^{er} avril 2020.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 8 avril 2020.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE LASKIN

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE DE MONTIGNY
LA JUGE WOODS**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20200408

Dossier : A-16-20

Référence : 2020 CAF 71

**CORAM : LE JUGE DE MONTIGNY
LA JUGE WOODS
LE JUGE LASKIN**

ENTRE :

APOTEX INC.

appelante

et

**BAYER INC. et BAYER INTELLECTUAL
PROPERTY GMBH, TEVA CANADA
LIMITED, TARO PHARMACEUTICALS
INC. et SANDOZ CANADA INC.**

intimées

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE LASKIN

[1] Le présent appel interjeté par Apotex Inc. et l'appel interjeté par Teva Canada Limited dans le dossier A-15-20, qui ont été entendus ensemble, contestent une décision de la Cour fédérale (2019 CF 1370, le juge Pentney) sur les requêtes des sociétés Bayer présentées en application de l'alinéa 220(1)b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

L'alinéa 220(1)b) autorise une partie à demander à la Cour, par voie de requête présentée avant l'instruction, de trancher une question concernant l'admissibilité d'éléments de preuve.

[2] Apotex et Teva sont défenderesses dans des actions en contrefaçon de brevet intentées par Bayer sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133. Les questions soulevées devant la Cour fédérale dans les requêtes étaient les suivantes : 1) conformément à l'Avis à la communauté juridique concernant les tests expérimentaux délivré par le juge en chef de la Cour fédérale, Bayer doit-elle obtenir l'autorisation de la Cour pour produire des éléments de preuve quant aux tests expérimentaux du médicament en question effectués par Bayer avant d'intenter les actions, et 2) dans l'affirmative, cette autorisation devrait-elle être accordée?

[3] L'avis a été délivré en mai 2016, en remplacement d'une version antérieure publiée en 2014. Il est reproduit (en anglais et en français) et joint en annexe aux présents motifs.

[4] L'avis énonce l'obligation d'aviser les « autres parties » lorsque, dans le cadre d'une action en matière de contrefaçon ou de validité d'un brevet, une partie a l'intention de s'appuyer sur des éléments de preuve tirés « des tests expérimentaux effectués pour les besoins du litige ». Il indique qu'« [u]ne partie ne peut pas, sans l'autorisation de la Cour, soumettre au procès ou à l'audience de la preuve relative à des tests effectués par elle ou pour son compte pour les besoins du litige », sauf si le préavis requis est donné. La partie doit, au moins deux mois avant « la signification prévue du (des) rapport(s) de ses experts, sur lequel (lesquels) portent les tests »

donner un préavis, bien que ce délai puisse être abrégé par le juge chargé de la gestion de l'instance. Il faut donner un préavis raisonnable :

- quant aux faits à prouver par ces tests;
- quant à la nature de la procédure expérimentale qui sera effectuée;
- quant au moment et quant à l'endroit où les avocats et le(s) représentants(s) des parties adverses peuvent assister à (aux) expérience(s);
- quant au moment où les données et les résultats de ces tests seront transmis aux parties adverses et quant à la forme sous laquelle ils seront transmis.

[5] En l'espèce, Bayer a effectué des tests en septembre et en octobre 2017. À l'époque, aucune action en matière de contrefaçon ou de validité n'était en cours concernant le brevet désormais en cause dans les actions. Bayer reconnaît que les tests ont été effectués pour les besoins d'un litige éventuel. Teva et Apotex ont signifié des avis d'allégation aux termes du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* en septembre et octobre 2018, respectivement. Bayer a intenté des actions contre Teva et Apotex en novembre et décembre 2018, respectivement, plus d'un an après la réalisation des tests.

[6] Après que les actions ont été intentées, Bayer a informé Apotex et Teva de son intention de s'appuyer sur les tests au procès. Apotex et Teva ont soutenu que l'avis empêchait Bayer de le faire sans l'autorisation de la Cour, car le préavis requis pour les tests n'avait pas été donné. Les parties ont convenu — et le juge des requêtes (qui sera également le juge du procès) a accepté — qu'une requête présentée au titre de l'alinéa 220(1)b) serait un moyen efficace de décider si l'avis s'applique et, dans l'affirmative, si l'autorisation devrait être accordée.

[7] Le juge des requêtes a répondu par la négative à la première question et, vu cette réponse, il a conclu qu'il n'avait pas à se prononcer sur la seconde. Il a conclu (au paragraphe 47 de ses motifs) que [TRADUCTION] « le libellé de l'avis, interprété au regard de ses objectifs sous-jacents et examiné dans le contexte particulier du régime actuel du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, conduit inexorablement à la conclusion que l'avis ne s'applique pas aux éléments de preuve relatifs aux tests de 2017 effectués par Bayer [...] ». Cette conclusion était, selon lui « confirmée par le fait que l'avis lui-même n'a pas force de loi ».

[8] Le juge des requêtes a cité trois principaux motifs à l'appui de sa conclusion. Tout d'abord, il s'est appuyé (au paragraphe 48) sur le libellé précis de l'avis, qui, comme il l'a déclaré [TRADUCTION] « renvoie à une situation où il y a un litige ». Il a souligné à cet égard à la fois le paragraphe d'introduction de l'avis, qui fait référence à une action en matière de contrefaçon ou de validité et aux besoins du litige, et le paragraphe de conclusion, qui fait référence aux tests « effectués par elle ou pour son compte pour les besoins du litige » (souligné dans l'original). Il a poursuivi (au paragraphe 49) en faisant remarquer qu'il était difficile « d'imaginer dans quelle mesure il était possible de respecter cet avis en dehors du contexte d'un litige », et qu'il était également difficile « de comprendre dans quelle mesure la Cour pourrait avoir compétence pour superviser la conduite de tests effectués par un titulaire de brevet en dehors du contexte d'un litige devant la Cour ».

[9] Deuxièmement, le juge des requêtes a déclaré (au paragraphe 51) que [TRADUCTION] « [d]ans le contexte de l'actuel régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, [il] ne [pouvait] accepter l'argument selon lequel la simple

inscription d'un brevet au Registre des brevets suffit pour emporter l'application de l'avis ». Il a fait observer que l'inscription d'un brevet n'a pas pour effet d'informer le titulaire du brevet de toute société qui pourrait ultérieurement demander l'autorisation de vendre une version générique du médicament ni de faire courir un délai judiciaire. Il a jugé inutile de décider si l'avis s'applique aux tests effectués après la signification d'un avis d'allégation, car, dans l'affaire dont il est saisi, les tests ont été effectués avant cette date.

[10] Troisièmement, le juge des requêtes a ajouté (aux paragraphes 52 à 54) que la conclusion selon laquelle l'avis ne s'applique pas aux tests effectués par Bayer [TRADUCTION] « ne mine pas la raison d'être de l'avis ». Il a déclaré que cela était vrai pour plusieurs raisons. L'avis continuera de s'appliquer à tout test effectué après le début de l'instance. Il demeure possible de faire valoir des arguments concernant l'équité, la tenue d'un interrogatoire préalable efficace et l'exhaustivité du dossier au procès : il est loisible à Apotex et à Teva de faire valoir au procès que l'avis n'a pas supplanté la pratique générale de longue date de la Cour (dont l'arrêt de principe est *Omark Industries (1960) Ltd v. Gouger Saw Chain Co. et al.* (1964), [1965] 1 R.C. de l'É. 457, à la page 516, 45 C.P.R. 169), qui consiste à exclure les éléments de preuve de tests effectués pendant l'instance dans les cas où les parties adverses n'ont pas été informées et n'ont pas eu la possibilité d'y assister. Apotex et Teva peuvent aussi faire valoir au procès des arguments sur la fiabilité et le poids à accorder à la preuve.

[11] Apotex et Teva font maintenant appel de l'ordonnance du juge des requêtes, avec l'autorisation de la Cour accordée aux termes du paragraphe 6.11(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. En raison de l'urgence de l'affaire – le procès portant

sur des questions communes quant à l'invalidité est prévu pour septembre 2020 – et des répercussions de la pandémie de COVID-19 sur les activités de la Cour, des dispositions ont été prises, avec l'accord des parties, pour que les appels soient entendus par téléconférence. La Cour remercie les parties de leur coopération à cet égard.

[12] Pour les motifs énoncés ci-après, je rejeterais les appels. Les présents motifs valent également pour l'appel d'Apotex dans le dossier A-16-20 et pour l'appel de Teva dans le dossier A-15-20. La version originale des motifs sera versée au dossier A-16-20. Une copie sera versée au dossier A-15-20 à titre de motifs du jugement.

[13] J'aborde d'abord la norme de contrôle. Les parties conviennent que la norme de contrôle est régie par l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33. Elles ne sont pas d'accord sur la norme exigée. Selon Apotex et Teva, le juge des requêtes a tranché une question de droit ou à tout le moins qui soulève une question de droit isolable. Par conséquent, selon elles, la norme de la décision correcte s'applique. Bayer soutient que la décision est particulière à la situation, qu'elle se limite aux tests effectués par Bayer et au contexte d'une action intentée sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* et, si elle est bien interprétée, qu'elle soulève une question de fait ou une question mixte de fait et de droit, à laquelle s'applique la norme de l'erreur manifeste et dominante qui commande la retenue.

[14] Je suis d'accord avec Apotex et Teva sur cette question. Bien que la première question posée au juge des requêtes fasse précisément référence aux tests effectués par Bayer en 2017, ce dernier a examiné et tranché la question de savoir si l'avis s'applique aux tests effectués avant le

début de l'instance. À mon avis, il s'agit d'une question de droit isolable à laquelle s'applique la norme de la décision correcte. Cependant, au bout du compte, la norme de contrôle en l'espèce n'importe guère, car, à mon avis, la décision du juge des requêtes était correcte.

[15] Je me penche donc sur le fond de la décision du juge des requêtes. En examinant la portée de l'avis, il a appliqué, à juste titre selon moi, une approche textuelle, contextuelle et téléologique, semblable à celle appliquée dans l'interprétation des lois et des instruments subordonnés. Il est évident qu'il a accordé une grande importance au sens ordinaire du texte, en concluant qu'il [TRADUCTION] « renvoie à une situation où il y a un litige ».

[16] À mon avis, il avait raison. Le libellé de l'avis comprend plusieurs expressions qui renvoient à une instance en cours. Par exemple, l'avis mentionne, à la première ligne, l'utilisation de tests pour établir « un fait en litige ». Les faits en litige ne seront connus qu'au moment de l'échange des actes de procédure au cours de l'instruction du litige. Le premier paragraphe précise ensuite que le délai de préavis auquel est tenue la partie qui veut se prévaloir des tests est déterminé par rapport au délai de signification des rapports des experts, qui ne sera pas connu non plus avant le début du procès. De même, il n'y a pas « d'autres parties » ou de « parties adverses » avant qu'une déclaration désignant les parties ne soit produite. Il ne peut pas non plus y avoir de juge chargé de la gestion de l'instance qui serait chargé d'établir le calendrier et de régler les problèmes qu'envisage l'avis si aucune instance n'a encore été intentée. Et comme l'a souligné le juge des requêtes, le paragraphe de conclusion de l'avis mentionne les tests effectués « par elle ou pour son compte pour les besoins du litige » – une expression qui implique également qu'une instance est en cours.

[17] Rien dans la version anglaise de l'avis n'invite à une conclusion différente. Les syntagmes de la version anglaise correspondant à ceux de la version française examinés plus haut laissent également entendre qu'une instance a été introduite. La version française est plus explicite : elle fait deux fois référence aux « besoins du litige » (en anglais, « the purpose of the litigation »).

[18] Le juge des requêtes a fait remarquer à juste titre [TRADUCTION] « qu'il est difficile d'imaginer dans quelle mesure il est possible de respecter cet avis en dehors du contexte d'une instance ». Une partie ne peut pas, notamment, signifier un avis à « d'autres parties » lorsque ces parties n'ont pas encore été désignées.

[19] Je suis également en grande partie d'accord sur l'examen des facteurs contextuels et téléologiques pris en compte par le juge des requêtes. Aucun de ces facteurs ne m'empêche, à mon avis, de tirer la conclusion qui découle du sens ordinaire des termes contenus dans l'avis.

[20] J'ajouterais que le contexte fourni par la pratique générale de longue date de la Cour décrite dans la décision *Omark Industries* appuie également la conclusion du juge des requêtes. La pratique de la Cour est décrite dans la jurisprudence comme étant applicable aux tests effectués « *pendente lite* », expression qui semble signifier soit au cours de l'instruction, soit au cours du procès : voir, outre *Omark Industries*, *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2001 CFPI 1154, par. 32 à 35; *Merck & Co. Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1242, par. 7 à 13; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2013 CF 493, par. 37. Il est établi que la jurisprudence ne

répertorie aucune affaire où une telle pratique a été appliquée à des tests effectués avant le début d'une instance.

[21] L'avis semble être une tentative de codifier cette pratique et d'encadrer son application. Si l'avis est destiné à s'appliquer aux tests avant l'instance – à des tests autres que ceux auxquels la pratique de la Cour a été appliquée jusqu'à présent – il semble très probable qu'il l'aurait expressément énoncé.

[22] Pendant la plaidoirie, on a demandé si un avis à la communauté juridique, comme l'avis en question en l'espèce, peut, en droit, modifier les règles qui régissent l'admissibilité d'éléments de preuve, même si, selon son libellé, il s'applique. Compte tenu de la décision que je propose, il n'est pas nécessaire que la Cour se prononce sur cette question.

[23] Je rejetterais les appels, le tout avec dépens.

« J.B. Laskin »

j.c.a.

« Je suis d'accord.
Yves de Montigny, j.c.a. »

« Je suis d'accord.
Judith Woods, j.c.a. »

Traduction certifiée conforme
Marie-Luc Simoneau, jurilinguiste

ANNEXE

Cour fédérale



Federal Court

AVIS À LA COMMUNAUTÉ JURIDIQUE

AUX : Parties et Membres de la communauté juridique

DE : L'honorable Paul Crampton
juge en chef

DATE : le 12 mai 2016

OBJET : Tests expérimentaux

Dans le cadre d'une action en matière de contrefaçon ou de validité d'un brevet, lorsqu'une partie a l'intention d'établir un fait en litige par des tests expérimentaux effectués pour les besoins du litige, elle doit, au plus tard deux mois avant la signification prévue du (des) rapport(s) de ses experts, sur lequel (lesquels) portent les tests, donner un préavis raisonnable aux autres parties :

- quant aux faits à prouver par ces tests;
- quant à la nature de la procédure expérimentale qui sera effectuée;
- quant au moment et quant à l'endroit où les avocats et le(s) représentants(s) des parties adverses peuvent assister à (aux) expérience(s);
- quant au moment où les données et les résultats de ces tests seront transmis aux parties adverses et quant à la forme sous laquelle ils seront transmis.

Dans le cas où la période de préavis minimale de deux mois n'est pas pratique (par exemple, en ce qui concerne des rapports en réponse), le délai peut être abrégé par le juge responsable de la gestion de l'instance.

Lorsque les parties ne s'entendent pas sur ces questions, le juge responsable de la gestion de l'instance peut régler ce problème lors d'une conférence de gestion de l'instance.

Une partie ne peut pas, sans l'autorisation de la Cour, soumettre au procès ou à l'audience de la preuve relative à des tests effectués par elle ou pour son compte pour les besoins du litige, sauf si elle a avisé les autres parties qu'elle avait l'intention de le faire.

«Paul Crampton»
Juge en chef

Federal Court



Cour fédérale

NOTICE TO THE PROFESSION

TO: Parties and Members of the Legal Profession
FROM: The Honourable Paul Crampton
Chief Justice
DATE: May 12, 2016
RE: Experimental Testing

In an action for infringement or validity of a patent, where a party intends to establish any fact in issue by experimental testing conducted for the purpose of litigation, it shall, no later than two months before the scheduled service of its expert report(s) to which the testing relates, provide reasonable notice to the other parties as to:

- the facts to be proven by such testing;
- the nature of the experimental procedure to be performed;
- when and where the adverse parties' counsel and representative(s) can attend to watch the experiments(s); and
- when and in what format the data and test results from such experiment(s) will be shared with the adverse parties.

In circumstances where the minimum two month notice requirement is not workable (for example, with regard to responding reports), the time period may be abridged by the Case Management Judge.

Where the parties cannot agree as to these matters, the Case Management Judge may resolve them at a case management conference.

Unless a party intending to rely on such experiments has so advised the other parties, the party shall not, without leave of the Court, lead evidence at the trial or hearing as to any experiments conducted by or for it for the purpose of the litigation.

“Paul Crampton”
Chief Justice

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-16-20

INTITULÉ : APOTEX INC. c. BAYER INC. et
BAYER INTELLECTUAL
PROPERTY GMBH,
TEVA CANADA LIMITED,
TARO PHARMACEUTICALS INC. et
SANDOZ CANADA INC.

LIEU DE L'AUDIENCE : PAR TÉLÉCONFÉRENCE À OTTAWA
(ONTARIO) ET À TORONTO
(ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 1^{ER} AVRIL 2020

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE LASKIN

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE DE MONTIGNY
LA JUGE WOODS

DATE DES MOTIFS : LE 8 AVRIL 2020

COMPARUTIONS :

Daniel Cappe Harry Radomski	POUR L'APPELANTE
Melissa Binns Will Boyer Natalia Thawe	POUR LES INTIMÉES BAYER INC. et BAYER INTELLECTUAL PROPERTY GMBH
J. Bradley White Faylene Lunn	POUR L'INTIMÉE TEVA CANADA LIMITÉE
Andrew Mandlsohn	POUR L'INTIMÉE TARO PHARMACEUTICALS INC.
Carol Hitchman Meghan A. Dureen, Ph.D.	POUR L'INTIMÉE SANDOZ CANADA INC.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Goodmans S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Toronto (Ontario)

POUR L'APPELANTE

Gowling WLG
Hamilton et Ottawa (Ontario)

POUR LES INTIMÉES
BAYER INC. et BAYER INTELLECTUAL
PROPERTY GMBH

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Ottawa (Ontario)

POUR L'INTIMÉE
TEVA CANADA LIMITÉE

Fineberg Ramamoorthy, s.r.l.
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉE TARO
PHARMACEUTICALS INC.

Sprigings Intellectual Property Law
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉE SANDOZ CANADA
INC.