

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20210222

Dossier : T-1004-18

Référence : 2021 CF 171

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 22 février 2021

En présence de monsieur le juge Barnes

ENTRE :

**AKEBIA THERAPEUTICS, INC.
OTSUKA CANADA PHARMACEUTICAL INC.**

demandereses

et

FIBROGEN, INC.

défenderesse

ORDONNANCE ET MOTIFS

APRÈS avoir entendu la présente requête par vidéoconférence depuis Halifax le lundi
25 janvier 2021;

ET APRÈS avoir examiné les dossiers de requête des parties et entendu les avocats;

ET APRÈS avoir statué sur la requête pour les motifs ci-après, rendus oralement à l'audience :

[1] Il s'agit d'une requête des demanderesse afin d'obtenir l'autorisation, en application de l'article 279 des *Règles des Cours fédérales*, de déposer des témoignages d'expert en réponse aux rapports d'expert de la défenderesse présentés le 30 novembre 2020. Les demanderesse ont précédemment déposé le 31 août 2020 leurs rapports d'expert portant sur des questions d'invalidité, notamment sur des questions d'interprétation des revendications, d'évidence, d'inutilité ou de portée excessive, de double brevet et d'insuffisance.

[2] La défenderesse s'oppose au dépôt de ces témoignages d'expert, pour le motif qu'ils sont répétitifs et argumentatifs, ou qu'ils auraient pu être prévus et présentés dans le cadre de la preuve principale. Selon la défenderesse, l'avocat des demanderesse connaissait la pertinence potentielle des nouvelles questions que les demanderesse souhaitent examiner en réponse, et ces questions auraient dû être soumises à leurs experts au moment de la préparation des rapports présentés dans le cadre de leur preuve principale. Les demanderesse affirment que la défenderesse ne subira aucun préjudice significatif si ces éléments de preuve sont admis et que la contre-preuve raisonnable est possible si nécessaire.

[3] Les demanderesse proposent de déposer quatre brefs rapports en réponse, rédigés par chacun de leurs témoins experts : le D^f Semenza, le D^f Ward, le D^f Fishwick et le D^f Haase. Les rapports en réponse sont joints en tant que pièces à l'affidavit d'un auxiliaire juridique à l'emploi de l'avocat des demanderesse et présentent les raisons invoquées par les auteurs pour expliquer

pourquoi ils n'ont pas été en mesure de prévoir l'élément de preuve auquel ils cherchent maintenant à répondre.

[4] La défenderesse s'oppose à cette démarche, pour le motif qu'elle met les experts à l'abri des contre-interrogatoires et permet d'intégrer au dossier de requête leurs justifications non solennelles. Il s'agit, selon elle, de simples arguments. Toutefois, on m'a informé que ce problème n'a pas été directement soulevé par la défenderesse avant le dépôt de la requête. Il convient également de souligner que la défenderesse cherche à étayer sa thèse sur le fond en invoquant le même type d'extraits non solennels tirés de ses propres rapports d'expert.

[5] La pratique consistant à présenter ce type d'éléments de preuve de cette façon semble assez courante et acceptable, du moins lorsque le contre-interrogatoire du témoin n'est pas demandé; sur cette question, la décision *Merck-Frosst c Canada (Santé)*, 2009 CF 914, aux para 19 et 20, [2009] FCJ n° 1092, fait autorité :

[19] Il est certainement vrai que l'affidavit de réponse proposé du D^r Sutherland n'était pas assermenté; cependant, ce n'est pas une façon inhabituelle ou discutable de procéder dans le cadre de telles requêtes. Par conséquent, ce seul fait n'aurait pas dû être fatal à la demande de Novopharm. De plus, l'affidavit non assermenté était une pièce jointe à un affidavit assermenté attestant que si le dépôt de la contre-preuve était accepté, elle serait assermentée, signifiée et déposée sous la forme remise à la protonotaire. Par conséquent, il aurait dû recevoir plus de considération qu'une simple déclaration non assermentée.

[20] Même s'il incombait à Novopharm de démontrer pourquoi une contre-preuve était nécessaire, les demanderesses ne semblent pas avoir indiqué dans le dossier qu'elles souhaitaient contre-interroger en quoi que ce soit le D^r Sutherland sur l'affidavit proposé avant la requête. Il est tout simplement inapproprié de laisser entendre, pour ainsi dire, qu'il était « à l'abri du contre-interrogatoire » par Novopharm.

Même si dans la décision *The Regents of the University of California and Tearlab Corporation v I-MED Pharma Inc*, T-300-16, la protonotaire Tabib a décrit ce type d'élément comme étant davantage de la nature de l'argument, elle était quand même prête à en tenir compte, avec le reste du soi-disant dossier objectif. J'adopterai la même approche.

[6] Naturellement, il incombe aux demanderesses, à titre de parties qui présentent la requête, d'établir que leurs rapports constituent une réponse appropriée, compte tenu des règles de droit applicables. La Cour doit toujours avoir conscience de la possibilité d'un fractionnement de la preuve, et du préjudice grave que ce cela pourrait engendrer pour un défendeur. Une réponse proposée qui ne fait que confirmer des positions traitées dans le cadre de la preuve principale est également inacceptable – même si les répétitions n'ajoutent aucune valeur probante au témoignage initial d'un témoin. Une réponse qui équivaut à une simple infirmation d'un rapport de la défense est également souvent refusée. Une réponse appropriée traite de questions qui sont soulevées pour la première fois dans la preuve de la défense, que le demandeur n'aurait pas pu raisonnablement anticiper. Ces principes doivent être appliqués en faisant preuve d'une certaine souplesse. En bout de ligne, la décision rendue relativement à ce type de requête dépendra en grande partie de ce qui, de l'avis du juge, sert le mieux l'intérêt de la justice, et de la question de savoir si la preuve aide la Cour à rendre sa décision sur le fond, sans bien sûr causer de préjudice excessif à un défendeur. Dans certaines situations, l'introduction d'une contre-preuve peut aider la Cour et la partie adverse, parce qu'elle clarifie certains points prêtant manifestement à confusion ou certains malentendus; elle peut également avertir le défendeur de questions susceptibles d'être soulevées en contre-interrogatoire. Lorsque les questions présentées en réponse concernent des questions scientifiques complexes, le pouvoir discrétionnaire du juge lui

permettant d'admettre la réponse peut être élargi. Cela peut être problématique pour la Cour, dans les situations où le témoin expert d'un demandeur offre une justification scientifique non vérifiée pour expliquer pourquoi une question n'a pas été abordée dans le cadre de la preuve principale, alors que la Cour n'a pas une compréhension claire de la question scientifique en cause.

[7] Je dois dire que je ne comprends pas bien les réserves exprimées par certains de mes collègues, selon lesquelles la possibilité de présenter une contre-preuve peut être refusée, pour le motif que la question en litige peut être abordée en contre-interrogatoire. Si c'était le cas, la contre-preuve ne serait jamais admissible. Un demandeur est autorisé à présenter une contre-preuve appropriée pour appuyer sa cause ET à contre-interroger à propos des mêmes questions. L'idée qu'un contre-interrogatoire est une mesure suffisante s'applique, je pense, à la réponse proposée qui ne fait que souligner des lacunes ou des désaccords avec la preuve du défendeur et rien de plus. Ce point a été souligné par le juge Michael Manson dans la décision *Janssen Inc. c Teva Canada Limited*, 2019 CF 1309, au para 17, [2019] ACF n° 1221, où il a tenu les propos suivants :

[...] Un simple désaccord avec les énoncés d'un autre témoin ne peut faire l'objet d'une contre-preuve. Les désaccords entre experts peuvent être réglés par voie de contre-interrogatoire.

[8] Donc, en gardant à l'esprit ces principes, je me pencherai maintenant sur le contenu des rapports en réponse, auxquels s'oppose la défenderesse. Je commencerai avec le D^r Haase. La réponse du D^r Haase porte sur la question de l'utilisation du chlorure de cobalt pour traiter l'anémie. Il semble qu'il ne soit pas contesté que le chlorure de cobalt constituait par le passé un traitement accepté; il a cependant été retiré en raison de problèmes de toxicité. La question en

litige en l'occurrence semble à mon avis être de savoir si ce renseignement aurait pu faire partie des connaissances habituelles de la personne versée dans l'art à la période pertinente. Il se pourrait que les rapports initiaux aient suffisamment traité de la question pour permettre qu'elle soit examinée à fond lors du témoignage à l'instruction. La réponse du D^r Haase pourrait se révéler inutile à cet exercice, mais par prudence, je l'autoriserai. Je suis d'avis que la réponse du D^r Haase concernant l'utilisation de l'ESA et de l'EPO comme traitements de l'anémie est appropriée. La défenderesse soutient que cette question découle d'une mauvaise interprétation du rapport du D^r Wish concernant une utilisation « hors étiquette ». Je vais admettre que la distinction n'est pas entièrement claire pour moi pour l'instant, compte tenu des arguments présentés, et il me sera utile d'entendre d'autres explications du D^r Wish et du D^r Haase. Par conséquent, j'autoriserai le rapport en réponse du D^r Haase; donc, le rapport en réponse du D^r Haase sera admis.

[9] Quant au D^r Fishwick, je ne peux admettre que sa « surprise » à propos de l'inexpérience de la D^{re} Gazaryan avec le logiciel Marven est pertinente ou constitue une réponse appropriée. Le D^r Fishwick a le droit de discuter de la fiabilité et de l'ubiquité de ce logiciel dans son témoignage, mais il n'est pas en position de contester directement la déclaration de la D^{re} Gazaryan, selon laquelle elle ne connaissait pas le logiciel et n'en avait pas reçu de copie, selon ce qu'il semble. De plus, le paragraphe 13 de la réponse du D^r Fishwick ne constitue pas une réponse appropriée. Il s'agit d'un simple argument. La D^{re} Gazaryan peut, bien sûr, être contre-interrogée sur ces questions. Le reste de la réponse du D^r Fishwick est acceptable. La D^{re} Gazaryan jette un doute sur la fiabilité des calculs du D^r Fishwick, et il a le droit de défendre son travail. Je ne suis pas d'accord avec la défenderesse que cette vague critique, selon laquelle

[TRADUCTION] « les données semblent viciées », aurait dû avoir été prévue. Sur ce point, j'adopte le point de vue du juge Russel Zinn dans la décision *Merck-Frosst c Canada (Santé)*, précité, au paragraphe 30 :

[30] Toutefois, dans la mesure où la preuve des demanderesse est que la revendication 21 n'était pas évidente et qu'elles ont expliqué en quoi, ces raisons et les faits qui les sous-tendent sont susceptibles de justifier une réplique, puisqu'elles sont nouvelles. De plus, lorsque le témoignage des demanderesse indique que l'expert de Novopharm a tort leur [*sic*] son avis et qu'elles ne remettent pas simplement en question sa science, mais qu'elles soulèvent de nouvelles questions au moyen de données scientifiques différentes, d'autorités différentes, d'hypothèses différentes et ainsi de suite, cela aussi, à première vue, soulèvera de nouvelles questions qui pourraient nécessiter une réponse. Bien que l'on puisse dire que ce type de preuve répond de façon très générale à la preuve de Novopharm, il se peut que les détails soient nouveaux. Novopharm pourrait s'attendre à ce que des données scientifiques et des arguments soient présentés pour l'inventivité de la demande et pour remettre en question la preuve de son expert, mais il n'est pas nécessaire de traiter de tous les arguments qu'elle peut prévoir, car, jusqu'à ce que les demanderesse présentent leur preuve, Novopharm n'a aucun moyen de savoir quels sont les arguments et éléments de preuve réellement pertinents parmi ceux qu'elle pourrait prévoir. La nécessité de le faire plus tôt se traduirait par de longs affidavits contenant de nombreux paragraphes non pertinents de « preuve anticipée ».

[10] Dans la mesure où cette question peut découler d'une mauvaise interprétation des travaux du D^r Fishwick, elle devrait être entièrement traitée, comme cela a été le cas dans la décision *Bristol-Myers Squibb Canada Co. c Pharmascience Inc.*, 2020 CF 897, au para 21, rendue par le juge Zinn une fois de plus :

[21] Aux paragraphes 5 à 10 de sa contre-preuve, M. Laskar affirme que M. Davies a mal interprété sa preuve principale. Je conviens avec les demanderesse que M. Laskar ne fait que réaffirmer sa preuve initiale; toutefois, ce fait à lui seul ne rend pas ces paragraphes inadmissibles puisqu'il ne s'agit pas d'un simple désaccord entre experts; dans ce cas-ci, le premier affirme que le

second a mal interprété son opinion. À mon sens, cette preuve est admissible pour cette raison. [Souligné dans l'original.]

[11] En ce qui concerne le rapport en réponse du D^r Ward, il aborde ce qui semble être une importante affirmation faite par la D^{re} Gazaryan, selon laquelle [TRADUCTION] « la clé de ces brevets est le pharmacophore ». La D^{re} Gazaryan affirme que le pharmacophore est une caractéristique structurelle commune des composés revendiqués et qu'une personne versée dans l'art comprendrait qu'il est responsable du mécanisme d'action et qu'il appuie la prédiction valable de l'utilité. Selon le D^r Ward, les brevets ne parlent pas de cette théorie, et ils ne démontrent rien à propos d'un mécanisme d'action proposé. Il poursuit en expliquant en détail pourquoi l'opinion de la D^{re} Gazaryan est scientifiquement non fondée et non étayée par les brevets.

[12] Je prends note du point soulevé par la défenderesse, au paragraphe 58 de son mémoire, selon lequel il existe une certaine répétition entre les deux rapports du D^r Ward; cependant, ces chevauchements me semblent avoir peu d'importance au regard de la question cruciale en litige. Ils fournissent également un certain contexte. Je ne retiens pas non plus l'argument selon lequel les éléments de preuve obtenus par les demanderesses lors de l'interrogatoire préalable étaient suffisamment détaillés ou éclairants, de sorte que les demanderesses auraient pu prévoir les opinions détaillées de la D^{re} Gazaryan sur cette question. Ce désaccord est si fondamental pour ce qui semble l'une des principales questions en l'espèce, qu'il doit être examiné. La science entourant cette question est également très absconse, y compris les explications du D^r Ward sur la question de savoir pour quelle raison la théorie de la D^{re} Gazaryan était inattendue. Refuser aux demanderesses une réponse complète au témoignage de la D^{re} Gazaryan pourrait

potentiellement créer un déséquilibre important de la preuve. La question est maintenant pleinement acceptée, et je ne peux voir quel préjudice grave subirait la défenderesse si le rapport en réponse du D^r Ward était autorisé au dossier. Si la défenderesse cherche à obtenir le droit de répondre à la réponse, elle n'a qu'à établir le bien-fondé d'un tel droit.

[13] La seconde question soulevée par le D^r Ward en réponse concerne une mesure très discrète des valeurs d'inhibition comme indice d'une activité biologique. La D^{re} Gazaryan a accepté comme étant valide toute valeur d'inhibition mesurée supérieure à zéro. Le D^r Ward est d'avis que cette approche est scientifiquement indéfendable. Il a néanmoins procédé à ses propres essais en utilisant la thèse de la D^{re} Gazaryan et en est arrivé à une analyse différente des données. Je reconnais que les demanderessees ne disposaient d'aucune raison valable de prévoir que la D^{re} Gazaryan adopterait ce que le D^r Ward qualifie d'approche controversée concernant la mesure de l'activité d'un composé, dans le but de prouver une prédiction valable. Par conséquent, je vais reconnaître que cet élément de preuve constitue une réponse appropriée.

[14] Le rapport en réponse du D^r Semenza traite de certaines questions non résolues soulevées par le D^r Ivan concernant le mécanisme d'action par lequel l'enzyme HIF-PH permet la dégradation de l'enzyme HIF-alpha. Le D^r Semenza affirme que ces questions ne seraient pas pertinentes pour la personne versée dans l'art, compte tenu de ce qui était, dans les faits, connu. Le D^r Semenza affirme aussi que les brevets visés ne fournissent aucun indice permettant de répondre aux questions du D^r Ivan. Les paragraphes 5 à 12 du rapport du D^r Semenza ajoutent une certaine clarté utile à un nouveau point soulevé par le D^r Ivan et je les autoriserai.

[15] Je conclus également que les paragraphes 13 à 22 du rapport du D^r Semenza constituent des réponses appropriées aux points soulevés par le D^r Ivan, qui n'auraient pas pu être raisonnablement anticipés. Ce témoignage est important et nécessaire à une pleine évaluation de l'opinion du D^r Ivan. Je conclus que le rapport en réponse du D^r Semenza aidera la Cour dans sa compréhension de ce qui constitue une science très très compliquée.

[16] Ce sont donc là mes conclusions. Les seuls problèmes que j'ai relevés proviennent du rapport du D^r Fishwick. Je ne suis pas certain de la solution à adopter et j'ai lu le document naturellement. Je ne sais pas si quelqu'un souhaite que ces passages soient caviardés ou supprimés; ce pourrait être inutile dans les circonstances. Je ne vais certes pas en tenir compte.

[17] Je mentionnerai aussi que si l'une ou l'autre des parties souhaite obtenir une copie des présents motifs, je me réserve le droit d'y apporter des corrections concernant la grammaire et les citations. Le dernier point concerne les dépens. Les parties conviennent que les dépens devraient suivre l'issue de la cause et c'est ce que j'ordonnerai.

ORDONNANCE dans le dossier T-1004-18

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. La requête est accueillie, à l'exception des extraits du rapport en réponse du D^f Fishwick mentionnés ci-dessus, qui ne sont pas autorisés.
2. Les dépens suivront l'issue de la cause.

« R. L. Barnes »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1004-18

INTITULÉ : AKEBIA THERAPEUTICS, INC. c FIBROGEN, INC.

LIEU DE L'AUDIENCE : HALIFAX (NOUVELLE-ÉCOSSE)
TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 25 JANVIER 2021

**MOTIFS DE
L'ORDONNANCE ET
ORDONNANCE :** LE JUGE BARNES

DATE DES MOTIFS : LE 22 FÉVRIER 2021

COMPARUTIONS :

Steven G. Mason
Sarit Batner
Michael D. Burgess

POUR LES DEMANDERESSES

Brian Daley

POUR LA DÉFENDERESSE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDERESSES

Norton Rose Fulbright Canada LLP
Montréal (Québec)

POUR LA DÉFENDERESSE