

Date : 20060804

**Dossiers : T-156-05
T-787-05**

Référence : 2006 CF 953

Ottawa (Ontario), le vendredi 4 août 2006

EN PRÉSENCE DE MADAME LA PROTONOTAIRE MIREILLE TABIB

ENTRE :

ELI LILLY CANADA INC.

demanderesse

et

APOTEX INC. et LE MINISTRE DE LA SANTÉ

défendeurs

et

ELI LILLY AND COMPANY LIMITED

défenderesse/brevetée

MOTIFS DE L'ORDONNANCE

[1] « Méfiez-vous de ce que vous souhaitez » dit-on. La requête dont je suis saisie découle du fait que les deux parties souhaitaient et ont obtenu l'autorisation de déposer des affidavits en

réponse et en réplique sans en avoir préalablement présenté une version provisoire. Le résultat constitue une mise en garde pour ceux qui demanderaient à déposer des affidavits complémentaires en vertu de l'article 312 des *Règles des Cours fédérales* sans les présenter dans le cadre de leur dossier de requête.

[2] En l'espèce, la requête s'inscrit dans le cadre d'une demande déposée par Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction au titre du paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS 93-133 (le *Règlement*). Lilly demande par ce moyen la radiation d'une partie substantielle des affidavits en réplique déposés par Apotex Inc. (Apotex) en vertu d'une ordonnance de notre Cour. Cette ordonnance, rendue le 24 octobre 2005 sur requête de Lilly demandant la radiation de parties de la preuve d'Apotex et l'autorisation de produire une contre-preuve, autorisait Lilly à déposer une contre-preuve « acceptable » en réponse à certains éléments de preuve produits par Apotex, tout en autorisant Apotex à produire une contre-preuve « acceptable » en réplique à la réponse de Lilly.

[3] La requête de Lilly précisait les paragraphes de la preuve d'Apotex dont elle souhaitait la radiation ou auxquels elle souhaitait répondre, mais elle n'a pas présenté de version provisoire des affidavits proposés, non plus, semble-t-il, qu'elle n'ait précisé par ailleurs la portée ou la nature précise de la réponse proposée. En réponse, Apotex a estimé que, si Lilly était autorisée à déposer une contre-preuve, elle devait, elle aussi, être autorisée à déposer une contre-preuve. Bien entendu, à ce moment-là, Apotex n'était pas en mesure de définir ou de circonscrire les questions auxquelles il lui faudrait répliquer et encore moins leur nature ou leur contenu.

[4] Selon moi, la pratique dans laquelle les deux parties se sont engagées doit être découragée. Dans certains cas, la pertinence, la nécessité et l'utilité d'éléments de preuve complémentaires peuvent se justifier d'emblée, de sorte qu'il est alors possible d'accorder l'autorisation sans l'appui des affidavits proposés. Mais il est toujours de loin préférable que les affidavits soient soumis à la Cour avec la demande d'autorisation. Non seulement la Cour peut ainsi déterminer si les critères d'autorisation sont remplis, mais, comme l'espèce le démontre, la partie adverse peut alors savoir à l'avance s'il lui faudra déposer une réplique, soumettre à la Cour une version claire et précise de la réplique proposée et que, en fin de compte, on évitera les requêtes en radiation de réponses et de répliques et le gaspillage important de temps et de ressources que représentent ces requêtes de plus en plus courantes.

[5] Comme le montre l'ordonnance du 24 octobre 2005, la Cour était convaincue que Lilly n'aurait pas pu prévoir les éléments de preuve ou les allégations d'Apotex, et elle lui a accordé l'autorisation de déposer une contre-preuve « acceptable » en réponse à certains paragraphes de la preuve d'Apotex. C'est probablement en raison du grand nombre de questions et de l'ampleur de l'autorisation accordée (malgré sa limitation aux paragraphes cités) que la Cour a estimé (tout comme Lilly, qui, si je comprends bien, ne s'est pas opposée à la demande de réparation subsidiaire d'Apotex) qu'il faudrait certainement prévoir une réplique. Là encore, je suppose que toutes les parties intéressées s'attendaient à ce qu'une requête d'Apotex pour autorisation de déposer des affidavits en réplique serait évitée si l'autorisation de déposer une contre-preuve « acceptable » était accordée à l'avance.

[6] Conformément à l'ordonnance, chaque partie a déposé presque autant d'affidavits de réponse et en réplique qu'elles l'avaient fait dans le cadre de la preuve principale : les éléments de preuve complémentaires déposés par les deux parties représentent plus de 200 pages de texte d'affidavit, à l'exclusion des pièces jointes. Lilly, qui a été autorisée à répondre à neuf affidavits d'Apotex, a déposé neuf affidavits en réponse. Les éléments de preuve contenus dans ces affidavits se limitent généralement à ce qu'autorisait précisément l'ordonnance du 24 octobre, mais l'utilité réelle de certains d'entre eux est contestable. On y reprend substantiellement, et sans nécessairement de justification, des éléments de preuve antérieurs; certains témoins en ont peut-être profité pour élargir ou compléter leurs déclarations, mais sans que cela ajoute grand-chose à la valeur de la « réponse », et, même si certains éléments sont formellement admissibles, leur pertinence ou leur utilité n'est pas toujours évidente. Apotex a cependant décidé de ne pas tenir compte des libertés que Lilly avait pu prendre et elle n'a pas contesté l'utilité de la preuve produite. Elle a préféré déposer onze affidavits en réplique.

[7] Si l'on peut penser que Lilly a pris des libertés à l'égard de l'autorisation de déposer une contre-preuve, question que je n'ai pas à trancher, Apotex ne s'étant pas opposée au dépôt des éléments de preuve de Lilly, j'estime néanmoins que les dépôts d'Apotex sont un détournement du privilège que lui accordait l'ordonnance du 24 octobre 2005.

[8] Il y a quelque chose d'intrinsèquement contre-intuitif dans la proposition que la preuve censément en réponse à quelque chose puisse être plus volumineuse et abondante que ce à quoi elle est censée répondre. L'incongruité est d'autant plus manifeste lorsqu'on se rend compte que la

réponse de Lilly devait se limiter précisément aux questions soulevées une première fois par Apotex elle-même et sur lesquelles elle avait déjà eu son mot à dire.

[9] Cette incongruité intrinsèque n'est cependant pas la raison pour laquelle j'estime que les dépôts d'Apotex sont contestables. La cause en est la forme et le contenu généraux des affidavits. La plupart des affidavits en réplique d'Apotex, et plus particulièrement ceux de messieurs Dordick, Jenike, Nagy, Castagnoli et Brock, contiennent de grands pans de texte qui, si tant est qu'ils renvoient à la preuve à laquelle ils sont censés répliquer, le font en termes très généraux, par exemple en se reportant sans distinction aux affidavits de deux ou trois témoins, ou pire encore, dans certains cas, aux « déposants d'affidavit de Lilly » en général. Le lecteur ne peut donc guère reconnaître ou repérer les déclarations attaquées dans les réponses ni savoir où on peut les trouver et, parfois même, si elles existent. Au cours de l'audience, cela a donné lieu à plusieurs reprises à une chasse aux affidavits, l'avocat d'Apotex invitant la Cour à fouiller dans les affidavits pour essayer de retrouver des parties d'affidavit correspondant à des parties d'affidavit de réponse de Lilly. Par ailleurs, les déposants d'Apotex répètent, citent et reprennent souvent inutilement ce qu'ils ont dit dans des affidavits antérieurs.

[10] Il convient qu'une partie dont le droit de déposer des éléments de preuve complémentaires sous la forme d'une réponse est défini uniquement en fonction du critère de la « réplique acceptable » circoncrive avec clarté et précision les déclarations exactes ou les paragraphes de la réponse auxquels elle prétend répliquer. Toute autre pratique est injuste pour l'autre partie et pour la Cour : le fait qu'Apotex n'ait pas respecté ce principe a transformé l'audition d'une affaire déjà

longue et complexe en soi en un jeu de cache-cache désagréable, tout en allongeant considérablement l'audition de l'affaire.

[11] Pour terminer mon introduction, je dirai que la requête dont je suis saisie vise la radiation et nécessite l'examen de 168 paragraphes des affidavits en réplique d'Apotex, que les dossiers de requête comportent plus de 800 pages, à l'exclusion de la jurisprudence et de la doctrine, que j'ai consacré plus de douze heures à ma préparation personnelle avant les audiences, que j'ai entendu les parties sur le fond de la requête (à l'exclusion des conférences de mise au rôle) à raison de l'équivalent de trois journées d'audience entières sur trois mois et que j'ai entendu les observations de six avocats différents. Je suis intimement convaincue que, si les parties avaient été contraintes de présenter des versions provisoires de leurs affidavits pour obtenir l'autorisation de les déposer, elles se seraient montrées beaucoup plus circonspectes quant à leur portée et leur longueur et qu'il n'y aurait pas eu tout ce gaspillage.

PRINCIPES APPLICABLES

La question de l'admissibilité devrait-elle être laissée à l'appréciation du juge des demandes?

[12] À l'ouverture de l'audience, comme dans leurs dossiers de requête respectifs, les parties se sont largement appuyées sur certains des principes applicables aux requêtes préliminaires pour obtenir la radiation du contenu d'affidavits déposés en vertu des articles 306 et 307 des Règles, Apotex insistant pour que les questions soulevées par Lilly soient tranchées par le juge des

demandes, tandis que Lilly demandait que, si c'était le cas, le juge des demandes soit désigné immédiatement à cette fin.

[13] Les arguments des parties à cet égard omettent la distinction cruciale entre une requête en radiation de preuve déposée en vertu des articles 306 et 307 et une requête comme celle dont je suis saisie en l'espèce. Elles s'appellent toutes deux « requête en radiation », mais la première attaque, au motif de l'admissibilité, les éléments de preuve déposés de droit par une partie. La requête dont je suis saisie, par contre, vise à faire radier un affidavit censément déposé en vertu d'une ordonnance discrétionnaire de la Cour, non pas au motif de l'admissibilité tel que ce principe est entendu, mais au motif qu'il ne remplit pas les conditions de l'ordonnance en vertu duquel il a été déposé. La première cherche généralement à obtenir une décision concernant l'admissibilité de la preuve proprement dite, c'est-à-dire selon les principes de la preuve et de sa pertinence dans les débats : à ce titre, il est tout à fait logique de confier ces décisions au juge des demandes.

[14] En l'espèce, exception faite de son argument portant que la preuve n'est pas admissible parce qu'elle est étrangère à l'avis d'allégation, les objections de Lilly ne sont pas sur la pertinence ou l'admissibilité, mais soulèvent plutôt la question de savoir si la contre-preuve d'Apotex remplit les critères applicables au dépôt d'éléments de preuve complémentaires selon l'article 312 et les termes de l'ordonnance du 24 octobre 2005. Vu la nature discrétionnaire de l'ordonnance interlocutoire rendue en vertu de l'article 312, la question de savoir si la contre-preuve est conforme à l'ordonnance du 24 octobre 2005 et devrait être conservée au dossier est une affaire purement interlocutoire et procédurale. Le juge des demandes ne serait pas mieux placé qu'un autre juge ou protonotaire pour trancher la question à un stade interlocutoire. Par ailleurs, il est évident que la

minutie que suppose l'examen de la série d'affidavits pour déterminer si certains paragraphes constituent une « contre-preuve acceptable » serait une distraction inutile, fastidieuse et intempestive dans l'appréciation du bien-fondé de la demande. Confier la question au juge des demandes aurait autant de sens que de renvoyer au fond l'appréciation du bien-fondé d'une requête en vue de produire une preuve complémentaire en vertu de l'article 312.

[15] Je conclus donc que, à moins qu'une question suppose l'appréciation de l'admissibilité en droit ou de la pertinence, il n'y a aucune raison de confier au juge des requêtes la décision relative à la requête en radiation de Lilly.

Qu'est-ce qu'une « contre-preuve acceptable »?

[16] La question suivante à trancher est celle des critères qu'il convient d'appliquer à la question de savoir si les éléments de preuve produits par Apotex sont conformes à l'autorisation accordée dans l'ordonnance du 24 octobre 2005.

[17] Reprenant les termes de l'ordonnance du 24 octobre 2005 portant qu'Apotex devait se limiter à une « contre-preuve acceptable », Lilly a demandé à la Cour d'appliquer le critère d'admissibilité de la contre-preuve énoncé dans *Halford c. Seed Hawk Inc.*, (2003), 24 C.P.R. (4th) 220, p. 226; 2003 CFPI 141, au paragraphe [15] :

[15] En conséquence, j'estime que les principes suivants régissent l'admissibilité des contre-preuves :

1 - La preuve qui sert uniquement à corroborer une preuve déjà soumise au tribunal n'est pas admissible.

2 - La preuve qui porte sur une question qui a été soulevée pour la première fois en contre-interrogatoire et qui aurait dû faire partie de la preuve principale du demandeur n'est pas admissible. Toute autre nouvelle question qui se rapporte à une des questions en litige et qui ne vise pas uniquement à contredire un des témoins de la défense est admissible.

3 - La preuve qui sert uniquement à réfuter un élément de preuve qui a été présenté en défense et qui aurait pu être présenté dans le cadre de la preuve principale n'est pas admissible.

[18] Cet argument a été présenté à la juge Heneghan de notre Cour et rejeté par elle dans *Abbott Laboratories et al. c. Canada (Ministre de la santé)*, (2003), 29 C.P.R. (4th) 450; 2003 CF 1512, aux paragraphes [19] à [21] :

[19] À mon avis, le critère strict servant à qualifier la contre-preuve dans le cadre d'un procès ne s'applique pas nécessairement aux procédures engagées en vertu du Règlement. Ces procédures sont introduites par voie de demande; voir *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 377. Elles sont régies par la Partie 5 des Règles.

[20] Ces Règles ne prévoient rien sur le dépôt de la contre-preuve, mais la règle 312 traite du dépôt d'affidavits complémentaires. La question a été examinée dans le contexte des anciennes Règles de la Cour fédérale dans *Eli Lilly Co. c. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15, où la Cour a relevé trois facteurs à considérer dans le cadre d'une demande de dépôt d'affidavits complémentaires : la preuve complémentaire va-t-elle (p. 457) dans le sens des intérêts de la justice? aidera-t-elle la Cour? et causera-t-elle un préjudice grave à la partie adverse?

[21] *Abbott* tente en l'occurrence de donner un caractère technique et formaliste aux termes « contre-preuve acceptable », ce qui n'est pas justifié. Il s'agit ici d'une demande de contrôle judiciaire, et non pas d'un procès, et les règles générales en matière d'admissibilité de la preuve ne s'appliquent pas. La protonotaire tranchait une requête visant le dépôt d'affidavits complémentaires et, selon moi, elle a tenu compte des facteurs appropriés tels qu'ils ont été établis dans la jurisprudence actuelle.

[Non souligné dans l'original.]

[19] Cela dit, je dois ajouter que je n'interprète pas la décision *Abbott* comme signifiant que les principes énoncés dans *Halford* n'ont aucune application à l'égard d'une requête comme celle de l'espèce. En fait, la décision *Abbott* confirme que les critères applicables au dépôt d'éléments de preuve complémentaires, dont des affidavits « en réponse », restent ceux qui sont énoncés à l'article 312 et que, pour déterminer si un affidavit déposé en vertu d'une autorisation conditionnelle

est « acceptable », il faut tenir compte de ces critères. Les critères de l'article 312, tels qu'ils sont énoncés par la Cour d'appel fédérale dans *Lapointe Rosenstein c. Atlantic Engraving Ltd.*, (2002) 23 CPR (4th) 5, font écho, explicitement et implicitement, à certains des principes énoncés dans *Halford*. Par exemple, l'une des conditions de l'admissibilité de la preuve complémentaire est qu'elle n'ait pas été disponible avant les contre-interrogatoires et qu'une partie ne s'en serve pas pour fractionner sa cause. Par ailleurs, le principe du rejet des éléments de preuve simplement confirmatoires, considéré comme une « règle » spécifique dans *Halford*, serait également pertinent eu égard aux autres critères de l'article 312, à savoir que la preuve doit aider la Cour et servir l'intérêt de la justice.

[20] À mon avis, la décision *Abbott* ne fait que mettre en garde contre l'application stricte de la notion de « contre-preuve acceptable », dans *Halford*, aux requêtes en radiation déposées en vertu d'une ordonnance rendue au titre de l'article 312. En fin de compte, ces requêtes doivent être tranchées à la lumière des mêmes critères qu'une requête fondée sur l'article 312, ce qui peut fort bien inclure la question de savoir si les éléments de preuve constituent une « contre-preuve acceptable ». En fait, le point de savoir s'il s'agissait bien d'une contre-preuve a été spécifiquement abordé dans la décision sous-jacente du protonotaire Aronovitch dans *Abbott*, décision qui a été confirmée.

[21] En l'occurrence, au cours de l'audience, M. Radomski, plaidant pour Apotex, a précisément entériné et accepté le principe selon lequel le tout premier critère applicable à chaque paragraphe incriminé consistait à savoir s'il s'agissait d'une réplique acceptable à la preuve en réponse de Lilly. Dans la négative, c'est-à-dire si le paragraphe incriminé ne constituait pas une réplique acceptable à

la contre-preuve de Lilly, il devait être radié. Dans l'affirmative, si Lilly contestait néanmoins l'admissibilité de la réplique en invoquant le fractionnement de la cause ou la non-pertinence au regard de l'avis d'allégation, il fallait tenir compte des critères applicables aux éléments de preuve complémentaires et de l'esprit et de l'intention de l'ordonnance du 24 octobre 2005. Lilly a également accepté cette perspective.

[22] Déterminer en premier lieu si la réplique en était vraiment une avait non seulement l'avantage de convenir aux deux parties, mais constitue, selon moi, l'analyse appropriée dans les circonstances.

[23] Contrairement à l'autorisation initiale de déposer une preuve complémentaire accordée dans *Abbott*, qui a été accordée dans le cadre de la gestion de l'instance et envisageait précisément la possibilité d'une contestation quant au « bien-fondé et à la portée » de la contre-preuve, l'ordonnance du 24 octobre 2005, en l'espèce, ne prévoit pas de mécanisme spécifique pour contrôler le bien-fondé et la portée de la contre-preuve qu'Apotex pouvait produire; elle l'autorisait simplement à déposer une « réplique acceptable à la contre-preuve de la demanderesse ». À mon avis, l'ordonnance du 24 octobre doit être entendue comme supposant que la preuve produite par Apotex en réplique directe à la réponse de Lilly remplirait à première vue les exigences de l'article 312 des Règles et qu'il convenait d'en autoriser le dépôt sans autre requête. Donc, si les documents déposés par Apotex en réplique ne répondent pas aux affidavits en réponse déposés par Lilly, ils ne sont tout simplement pas conformes aux termes de l'autorisation accordée et doivent être radiés. Si, par contre, ils y répondent, Lilly devra surmonter la présomption créée par

l'ordonnance du 24 octobre, à savoir qu'il convient d'autoriser le dépôt des éléments de preuve en vertu de l'article 312, sous réserve de leur admissibilité sur le fond.

Les critères d'admissibilité

[24] Quant aux critères selon lesquels il convient d'apprécier la pertinence de la réplique, j'ai adopté les suivants, avancés par l'avocat d'Apotex :

- La réplique doit répondre directement aux points effectivement avancés en contre-preuve.
- Pour que la réplique soit valable, elle doit contredire, nuancer ou récuser les énoncés de la contre-preuve.
- Il ne suffit pas que la réplique porte sur le même sujet que la contre-preuve ou sur un sujet connexe ou pertinent.
- La réplique ne peut pas attaquer la conclusion qu'énonce un expert dans son affidavit en réponse en s'appuyant sur un argument différent de celui qui constitue la base de la réponse. Autrement dit, la réplique doit contredire, récuser ou nuancer l'analyse ou l'argument spécifique exposé dans l'affidavit en réponse, et non simplement sa conclusion.

[25] Lorsque j'ai appliqué ces principes généraux aux paragraphes incriminés, j'ai également adopté la perspective suivante :

- Lorsqu'un affidavit a expressément pour objet de répondre à un argument, un affidavit ou un paragraphe d'affidavit précis, il doit effectivement répondre à l'élément de preuve en question. L'avocat ne peut pas en décomposer les éléments ou ceux de la preuve de son adversaire pour indiquer en quoi les éléments individuels de sa réplique pourraient par ailleurs valablement servir à contredire, récuser ou nuancer d'autres aspects de la contre-preuve. La preuve présentée en l'espèce consiste en des éléments techniques et scientifiques complexes. L'avocat ne peut pas inventer ou fournir d'éléments de preuve associant le témoignage de son expert à d'autres parties de la preuve si ce lien n'est pas, à première vue, expressément fait par le déposant.
- Il n'est pas fatal qu'un affidavit ne circoncrive pas précisément les déclarations auxquels il est censé répondre, mais la Cour ne présupera pas qu'il y a réponse pour la seule raison qu'on y emploie la même terminologie ou qu'il y est question du même sujet qu'en contre-preuve. Il faut, dans ce cas, pouvoir établir que l'affidavit répond effectivement à la contre-preuve, selon une interprétation raisonnable de l'affidavit incriminé et de celui à qui il est censé répondre.
- Les déclarations contenues dans un affidavit et auxquelles un déposant prétend répondre doivent recevoir une interprétation raisonnable, compte tenu de leur contexte et de leur objet. On ne peut pas extraire une phrase de son contexte pour développer un sujet sans lien avec l'argument en question.

[26] Enfin, je dois admettre que j'ai adopté un point de vue assez strict sur la question de la nature de la réplique. Les instances en matière d'avis de conformité sont sommaires par définition. La présentation d'une preuve complémentaire suivant les règles 306 et 307 n'a pas lieu de plein droit, mais sur autorisation. Il ne s'agit pas d'une étape naturelle ou inévitable dans ce type d'instance et, en cas d'autorisation, il faut user de circonspection. Cela est d'autant plus vrai pour la preuve en réplique qui doit être considérée comme un moyen exceptionnel et se limiter à des points essentiels et indispensables. Il ne s'agit pas d'avoir le dernier mot en tout. Ce n'est pas la conclusion naturelle d'une « nouvelle ronde » d'éléments de preuve.

[27] En particulier, là où la preuve en réplique introduisait de nouvelles études et publications étayant et confirmant directement les opinions exprimées dans les affidavits originaux d'Apotex et dénotait clairement une volonté de fractionner la cause, j'ai pris particulièrement soin de vérifier si les affidavits en réponse de Lilly avaient effectivement invité et justifiaient l'introduction de cette nouvelle preuve et si le lien entre la réplique et la réponse était clairement indiqué. Agir autrement aurait été, je crois, préjudiciable à Lilly et contraire à l'intérêt de la justice. Il est entendu que Lilly, en produisant une preuve en réponse, devait s'attendre à une critique par voie de réplique, mais elle avait tout de même le droit de supposer qu'Apotex avait produit toute sa preuve et qu'elle pourrait la critiquer sur cette base. S'il appert, selon une interprétation raisonnable de la réponse de Lilly, que les experts critiquent la preuve d'Apotex ou son caractère suffisant, telle qu'elle a été présentée, il serait préjudiciable et ne serait pas utile pour la Cour de permettre à Apotex de compléter son argumentation sous les apparences d'une réplique.

[28] Par ailleurs, j'ai accepté des passages de la preuve en réplique qui reprenaient ou répétaient des éléments de preuve déjà produits, même si leur pertinence à ce titre était ténue, car je n'y ai pas vu de préjudice pour Lilly.

APPLICATION À L'ESPÈCE

[29] En fin de compte, la radiation des paragraphes ou des parties de paragraphes a été décidée en fonction du seul critère de l'absence de pertinence à titre de réponse. C'est ainsi que j'ai radié 140 paragraphes, en totalité ou en partie, ainsi qu'une soixantaine de pièces jointes. Les autres paragraphes ont été jugés admissibles et, par conséquent, conformes à l'ordonnance du 24 octobre 2005. Lilly n'a pas essayé de me convaincre ou n'a pas réussi à me convaincre, selon le cas, que ces paragraphes devaient être radiés sur requête préliminaire pour un autre motif.

[30] Comme il n'y a qu'un motif pour lequel des parties de la preuve en réplique d'Apotex ont été radiées, il serait terriblement long et de peu d'utilité d'examiner ici chaque paragraphe. Chaque paragraphe a fait l'objet d'une décision à l'audience, et les parties ont été informées verbalement des raisons précises de chaque décision. Il peut cependant être utile d'expliquer, au moyen de quelques exemples, comment les principes énoncés plus haut ont été appliqués à l'espèce.

[31] La question de l'association ou du lien causal entre l'utilisation de l'olanzapine et le diabète fournit plusieurs exemples utiles de la façon dont j'ai appliqué les principes énoncés plus haut à l'espèce.

[32] Plusieurs experts d'Apotex se sont dits d'avis, dans leur témoignage initial, que l'utilisation de l'olanzapine était associée au développement du diabète, estimant que le diabète était un effet secondaire de l'olanzapine. La réponse de Lilly à cet égard est contenue dans les affidavits des docteurs Williams et Nair.

[33] Dans son affidavit, le D^f Williams aborde la question en faisant une différence entre montrer une association et prouver un lien de causalité. Il estime que les références montrant une association ne constituent pas nécessairement la preuve d'un lien de causalité et il s'explique en renvoyant à certaines études, auxquelles n'ont pas renvoyé les témoins d'Apotex, qui analysent le lien entre les maladies traitées à l'olanzapine et le diabète. Il admet que ces études ne sont pas exhaustives et explique pourquoi il a choisi de s'appuyer sur elles. Il conclut que les références des témoins d'Apotex n'attestent pas un lien de causalité, mais, tout au plus, une éventuelle association.

[34] Le D^f Nair procède de la même façon, quoiqu'il déclare dans son affidavit qu'il répond à l'affidavit initial du D^f Dordick, pour Apotex, et affirme précisément qu'il s'appuie sur l'affidavit et les études citées dans l'affidavit du D^f Williams. Selon une interprétation raisonnable de l'affidavit du D^f Nair, il est effectivement clair qu'il a analysé les études sur lesquelles s'était appuyé le D^f Dordick et celles qu'avait citées le D^f Williams pour formuler son opinion sur le caractère probant des unes et des autres. Il conclut, comme le D^f Williams, que ces études n'attestent pas de lien de causalité.

[35] Je tiens à rappeler ici que le D^f DiFonzo a également déposé un affidavit de réponse sous serment pour le compte de Lilly au sujet de la question du diabète. Mais il n'est pas présenté comme

un témoin expert : ses qualifications ne sont pas énoncées, et il se présente lui-même comme le vice-président associé de Lilly chargé de la réglementation et de l'assurance de la qualité. Son affidavit contient un bref énoncé sur ce qu'il pense des études actuelles et de leur capacité à révéler ou à prouver une association entre l'olanzapine et le diabète, mais l'affidavit dans son ensemble a essentiellement pour objet d'introduire la monographie canadienne du Zyprexa, qui propose une analyse des risques et avantages du traitement à l'olanzapine et de l'utilisation du Zyprexa non indiqué sur l'étiquette.

[36] Aucun des éléments de la preuve en réplique incriminée d'Apotex concernant le diabète n'a trait au fondement et à la logique de l'argument du D^r Williams quant à la façon dont le lien de causalité et non l'association devrait être prouvé et quant aux limites des divers types d'études à ce sujet, par exemple les études rétrospectives et les études portant sur de petites populations, dans l'attestation de cette causalité. Aucun n'a trait à la façon dont le D^r Nair analyse les études citées par les D^{rs} Dordick et Williams ni à la façon dont cette analyse étaye sa conclusion.

[37] Le D^r Brock préfère discuter de l'histoire du diabète, de sa corrélation avec le gain de poids et l'hyperglycémie et de l'association entre l'utilisation de l'olanzapine, le gain de poids, l'hyperglycémie et le diabète, pour conclure qu'il y a effectivement une association entre l'olanzapine et le diabète. Cet affidavit ne répond à rien de ce que contiennent les affidavits des D^{rs} Williams et Nair ni même du D^r DiFonzo, sauf peut-être aux conclusions très générales qu'on y retrouve concernant le lien de causalité entre l'olanzapine et le diabète qu'Apotex n'a pas prouvé. Même dans ce cas, il est évident que ces conclusions générales s'appuient sur la propre définition du « lien de causalité » de ces experts, à laquelle le D^r Brock ne répond pas.

[38] Les éléments de preuve ne répondent donc pas à leur objet, selon le critère convenu par l'avocat d'Apotex à l'audience, car ils ne font que contester les conclusions des affidavits en réponse de Lilly sans contredire, récuser ou nuancer l'analyse ou les arguments qu'ils contiennent.

[39] De même, le D^f Mayersohn, qui précise qu'il répond à l'affidavit du D^f Williams, cite et introduit aux paragraphes 11 à 20 onze nouvelles études et publications étayant la conclusion qu'il existe un « lien direct », une « association », une « relation » entre l'olanzapine et l'incidence du diabète. Il ne parle pas de la distinction que fait le D^f Williams entre association et « lien de causalité ». Il ne répond pas à la critique du D^f Williams concernant les limites des études rétrospectives : en face, si l'on s'en tient à l'affidavit, la moitié des nouvelles études sont des études rétrospectives. Une fois encore, les paragraphes ne font qu'attaquer la conclusion formulée dans un paragraphe précis de l'affidavit du D^f Williams sans l'analyser ni en examiner expressément le fondement. Voilà un exemple de cas où le déposant se contente d'introduire des éléments de preuve complémentaires pour étayer ou mettre en valeur une conclusion déjà formulée en preuve principale et dont le fondement a été critiqué en réponse, sans aborder le fond de la critique. Ces éléments de preuve ne constituent pas une réponse.

[40] Ces paragraphes, comme plusieurs paragraphes de l'affidavit en réplique du D^f Dordick concernant de nouvelles études mettant mieux en évidence le lien ou l'association entre l'olanzapine et le diabète ont été radiés parce qu'ils ne constituent pas une réponse. Ils illustrent bien comment Apotex a indûment fractionné sa cause, de nouveaux éléments de preuve étayant des conclusions et faits déjà fournis en preuve principale ayant été ajoutés après que Lilly avait répondu aux éléments

de preuve initialement présentés. Si cette preuve en réplique était considérée comme recevable alors qu'elle ne répond pas étroitement à la réponse de Lilly, elle deviendrait une preuve à laquelle Lilly n'a pas eu la possibilité de répondre directement et elle serait préjudiciable. Le juge de l'audience pourrait se retrouver ainsi avec un nouvel argument sans contradiction, ce qui ne saurait être utile à la Cour.

[41] Il n'en va pas de même de la production, dans la réplique d'Apotex, des études « Koro » et « Fuller » (pièces « B » et « C » de l'affidavit du D^f Dordick). Ces études semblent avoir constitué, sans qu'elles soient désignées ou produites, le fondement du premier affidavit du D^f Dordick. Dans sa réponse, le D^f Nair critique le D^f Dordick à cet égard, mais il n'en suppose pas moins leur nature, puis les analyse lui-même, sans les désigner ni les produire non plus. En réplique, le D^f Dordick confirme finalement que le D^f Nair a bien identifié les études en question, après quoi il les cite, les produit et les commente. Je suis d'accord avec Lilly pour dire que c'est une forme de fractionnement de la cause, mais ces éléments de preuve répondent effectivement à ceux du D^f Nair. Par ailleurs, la « révélation » des documents en question ne saurait être préjudiciable à Lilly, car elle devait s'y attendre en décidant de deviner et de commenter les études non identifiées. Il est également clairement dans l'intérêt de la justice que le juge du fond soit saisi du texte effectif des études au lieu de s'appuyer sur les points de vue contradictoires d'experts.

[42] Je donnerai un dernier exemple. Dans l'annexe « A » de ses observations écrites, Apotex renvoie aux paragraphes 6*d*) et 67 de l'affidavit du D^f Williams pour justifier la pertinence de plusieurs paragraphes de sa réplique. Les paragraphes 6(*d*) et 67 de l'affidavit du D^f Williams contiennent des énoncés généraux portant que l'olanzapine présente des avantages substantiels par

rapport aux autres membres du genre décrits dans le brevet 687. Ces énoncés sont, à ce que je sache, un résumé des conclusions et éléments de preuve déjà contenus dans la preuve principale de Lilly. Ils sont formulés dans le contexte d'un argument plus général voulant que la présence ou l'absence de diabète n'avait pas, de toute façon, motivé le choix de l'olanzapine parmi les membres du genre décrits dans le brevet 687. Ce sont par ailleurs des énoncés bruts, sans analyse sur le fond. Apotex n'en a pas moins produit des éléments de preuve fournissant d'autres renseignements sur la validité du brevet relatif à l'olanzapine comme brevet de sélection, sous les dehors d'une réplique. Ce genre de preuve n'est pas une « réplique acceptable ». Elle a peut-être trait à un énoncé précis dans un affidavit, mais elle ne constitue pas une réponse, puisqu'une interprétation raisonnable de l'affidavit en question révèle que ce n'est pas l'énoncé qui est en cause et qu'il ne forme pas non plus la base de l'argument exposé dans la réponse. Le fait de « répondre » à un énoncé de ce genre ne constitue pas une contradiction, une récusation ou une nuance de l'analyse ou de l'argument en question.

DÉPENS

[43] Lilly a tout d'abord présenté sa requête pour demander, à titre de mesure préliminaire, la désignation du juge d'audience pour rendre une décision sur le reste de sa requête en radiation. Après une conférence téléphonique initiale, Lilly a confirmé ces modalités, et l'on a décidé que l'audience se ferait en deux parties pour permettre à Apotex de répondre à la mesure préliminaire dans un dossier distinct. Le jour de l'audition de la partie préliminaire, Lilly a désavoué sa position initiale et soutenu que la partie principale de la requête en radiation devrait être entendue en premier, la désignation du juge d'audience devant être reléguée à une mesure subsidiaire dans le cas où la Cour déciderait de déférer la question de l'admissibilité au juge d'audience. Les frais de

déplacement et de participation à une demi-journée d'audience outre la préparation d'un dossier de requête distinct ont donc été perdus pour Apotex : elle en sera donc remboursée. Le taux devrait cependant être celui du milieu de la colonne III du tarif : l'argument de Lilly, quoique neuf, n'était pas si complexe, et les documents n'étaient pas très nombreux.

[44] Quant à la partie principale de la requête, Lilly a finalement obtenu gain de cause concernant plus de 80 pour cent des paragraphes incriminés : elle a droit aux dépens afférents à sa requête. Je ne suis cependant pas disposée à accorder des dépens à un taux supérieur à celui du milieu de la colonne III du tarif. Lilly est ainsi indemnisée pour le temps d'audience puisque le tarif tient compte du nombre d'heures perdues. La preuve était certainement complexe et volumineuse, surtout en raison de la nature, de la portée et de la forme de la réplique d'Apotex, mais un taux conservateur permet de tenir compte du succès partiel de la requête de Lilly et du fait que ses documents et arguments sont passés à côté de la question centrale de la pertinence à titre de réponse. Lilly s'appuyait plutôt sur des arguments relatifs à la répétition, au fractionnement de la cause et à la portée de l'avis d'allégation, tous arguments qui n'ont pas été retenus. L'argumentation de Lilly et la façon dont sa documentation a été structurée par voie de conséquence ont donné lieu à une audience plus désorganisée et donc plus longue que prévu.

« Mireille Tabib »

Protonotaire

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : T-156-05 et T-787-05

INTITULÉ : **ELI LILLY CANADA INC. c. APOTEX INC. et
LE MINISTRE DE LA SANTÉ et ELI LILLY
AND COMPANY LIMITED**

LIEU DES AUDIENCES : OTTAWA (ONTARIO)

DATES D'AUDIENCE : 8, 21 ET 24 MARS, 18, 20 ET 27 AVRIL,
7 JUIN 2006

MOTIFS DE L'ORDONNANCE : LA PROTONOTAIRE MIREILLE TABIB

DATE : 4 AOÛT 2006

COMPARUTIONS :

Tony Creber
Jay Zakaib
John Norman

POUR LA DEMANDERESSE

H.B. Radomsky
Andrew Brodtkin
Richard Naiberg

POUR LA DÉFENDERESSE
APOTEX INC.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

GOWLING LAFLEUR
HENDERSON LLP
Ottawa (Ontario)

POUR LA DEMANDERESSE
POUR LA DÉFENDERESSE/BREVETÉE

GOODMANS LLP
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE
APOTEX INC.

JOHN H. SIMS, c.r.
SOUS-PROCUREUR GÉNÉRAL
DU CANADA

POUR LE DÉFENDEUR
MINISTRE DE LA SANÉ