

Date : 20080307

Dossier : T-1548-06

Référence : 2008 CF 321

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Montréal (Québec), le 7 mars 2008

En présence de madame la juge Snider

ENTRE :

**LES LABORATOIRES SERVIER,
ADIR, ORIL INDUSTRIES,
SERVIER CANADA INC.,
SERVIER LABORATORIES (AUSTRALIA) PTY LTD
et SERVIER LABORATORIES LIMITED**

demanderes

et

**APOTEX INC.
et
APOTEX PHARMACHEM INC.**

défenderesses

**MOTIFS ET ORDONNANCE
(Requête en annulation d'assignations à témoigner)**

I. Introduction

[1] La Cour est saisie de trois requêtes présentées par :

- a) Andrew I. McIntosh, H. Roger Hart et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH;

- b) Anthony Creber et Jennifer Wilkie;
- c) Les Laboratoires Servier, ADIR, ORIL Industries, Servier Canada Inc., Servier Laboratories (Australia) Pty. Ltd. et Servier Laboratories Limited (que l'on nomme ensemble Servier).

[2] Les requérantes demandent l'annulation de sept assignations à témoigner *duces tecum* à la demande de Goodmans LLP, au nom d'Apotex Inc. et d'Apotex Pharmachem Inc. (que l'on nomme ensemble Apotex), exigeant à cinq avocats, un agent de brevet et une adjointe administrative (décrits ci-dessous) à se présenter en vue de témoigner et de présenter certains documents au procès de l'action au dossier de la Cour n° T-1548-06 (l'action perindopril). Toutes les personnes assignées à témoigner, en 2000 et vers ce moment, représentaient des clients dans des affaires liées aux questions soulevées dans l'action perindopril.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis convaincue qu'il faut annuler toutes les assignations à témoigner sauf une, qui sera maintenue de façon limitée.

II. Faits

[4] Les questions soulevées dans ces requêtes exigent de comprendre les faits de l'action perindopril et les procédures connexes.

A. *La procédure de conflit menant au brevet n° 196 et au brevet n° 206*

[5] Le 1^{er} octobre 1981, ADIR, l'une des demanderesse dans l'action perindopril, a présenté la demande de brevet portant le numéro 387 093 (la demande 093). Au même moment environ, d'autres demanderesse ont présenté leurs propres demandes de brevets pour des composés se recoupant, y compris la Schering Corporation (Schering) dans la demande canadienne portant le numéro 388 336 (la demande 336) et Hoechst Aktiengesellschaft (Hoechst AG – la société qui a précédé Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (Sanofi Germany)) en ce qui concerne les demandes portant les numéros 384 787 (la demande 787) et 418 453 (la demande 453). Comme le prévoit la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P- 4, en vigueur à ce moment, le commissaire des brevets (le commissaire) a placé les différentes demandes concurrentes en conflit.

[6] Dans six décisions datées du 8 août 1996, le commissaire a rendu des décisions sur l'invention pour les demandes en conflit et a accordé certaines revendications à Schering, certaines à ADIR et certaines à Hoechst AG.

[7] Six procédures ont été amorcées à ce moment par voie d'actions devant la Cour fédérale, où les parties visées (y compris ADIR) ont contesté les décisions rendues par le commissaire. Toutes ces procédures ont été regroupées sur ordonnance du juge Joyal datée du 27 mai 1997 sous le dossier de la Cour n° T-228-97.

[8] Après la fin des communications préalables dans le cadre des actions regroupées, le juge Nadon a émis une ordonnance sur consentement le 12 décembre 2000. Cette ordonnance prévoyait

l'attribution des revendications indiquées dans les demandes concurrentes; elle était accompagnée d'un procès-verbal de règlement qui indiquait les revendications qui appartenaient aux parties au conflit. Finalement, l'ordonnance a donné lieu, pour ADIR, à la délivrance du brevet canadien n° 1 341 196 (le brevet 196). Cette ordonnance a aussi donné lieu à la délivrance du brevet canadien n° 1 341 206 (le brevet 206) à Schering et du brevet canadien n° 1 341 296 (le brevet 296) à Hoechst AG (Sanofi Germany).

[9] Le 3 avril 2001 et le 14 mai 2001, des certificats de correction ont été délivrés pour la revendication 5 du brevet 196.

B. *T-1548-06 : l'action perindopril*

[10] Dans une déclaration datée du 25 août 2006, Servier a amorcé l'action sous-jacente à l'égard d'Apotex dans le dossier de la Cour n° T-1548-06, où elle affirmait qu'Apotex avait violé certaines revendications du brevet 196 (l'action perindopril). Apotex a contesté la réclamation dans une défense et demande reconventionnelle où elle nie avoir violé le brevet 196 et conteste la validité du brevet selon divers motifs, y compris : (i) l'entente qui prévoyait le règlement des plaidoiries en conflit et qui a donné lieu au brevet n° 196 allait à l'encontre de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34; (ii), les certificats de correction délivrés pour le brevet n° 196 allaient à l'encontre de l'article 8 de la *Loi sur les brevets*; et (iii) c'est Schering, et pas Servier, qui a inventé la première le brevet n° 196.

C. *T-161-07 : l'action ramipril*

[11] Dans une déclaration datée du 26 janvier 2007, Schering, Sanofi-Aventis Canada (Sanofi Canada) et Sanofi Germany (que l'on nomme ensemble, avec Sanofi Canada, Sanofi) a amorcé une action à l'égard d'Apotex Inc. en alléguant que cette dernière avait violé le brevet n° 206 (l'action ramipril). Apotex Inc. a contesté la réclamation dans une défense et demande reconventionnelle où elle nie avoir violé le brevet n° 206 et où elle conteste la validité du brevet selon divers motifs, y compris en alléguant que l'entente qui prévoyait le règlement des plaidoiries en conflit et qui a donné lieu au brevet n° 206 allait à l'encontre de la *Loi sur la concurrence*.

D. *Chronologie des procédures dans l'action perindopril*

[12] L'action perindopril s'est poursuivie tout au long de l'été 2007. Des affidavits de documents ont été signifiés et des interrogatoires préalables des représentants des parties ont été menés. Pendant l'interrogatoire des représentants de Servier, Apotex a demandé à obtenir des renseignements et des documents liés à la poursuite de la demande 093, la procédure de conflit devant le commissaire et la Cour fédérale, ainsi que des communications sur le règlement de cette procédure. Servier a refusé de répondre aux questions sur ces sujets pour divers motifs, y compris le secret professionnel et l'existence d'un engagement implicite, qui protégeraient tous deux les documents d'une divulgation. Apotex a présenté une requête en vue d'exiger la production des renseignements et des documents. Dans une ordonnance rendue le 17 juillet 2007, la protonotaire Aronovich a rejeté la requête d'Apotex (l'ordonnance du 17 juillet), ce que la Cour a par la suite

confirmé en appel dans une ordonnance datée du 11 septembre 2007 (l'ordonnance du 11 septembre).

[13] La protonotaire Aronovich, dans l'ordonnance du 17 juillet, tout en maintenant la nature privilégiée et confidentielle des renseignements recherchés, a exigé à Servier de produire des listes de journal des dossiers d'Ogilvy Renault et de Servier liés à la poursuite et au règlement de la demande 093. Ce fait est directement lié aux assignations à témoigner et aux requêtes dont je suis saisie.

E. *Les requêtes en jonction de Sanofi Germany et de Schering*

[14] Dans un avis de requête daté du 17 août 2007, Sanofi Germany a demandé à être ajoutée en tant que défenderesse reconventionnelle à l'action perindopril. Schering a présenté un avis de requête semblable le 12 novembre 2007. Servier et Apotex se sont opposées à ces requêtes. La Cour a rejeté les deux requêtes le 19 novembre 2007 (*Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2007 CF 1210).

F. *Les assignations à témoigner*

[15] Le 18 février 2008, les assignations à témoigner qui font l'objet des requêtes dont la Cour est saisie ont été émises, conformément au paragraphe 41(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, à l'égard des personnes suivantes :

1. Les témoins de Servier, qui comprennent les personnes suivantes :
 - (a) M. J. Nelson Landry, qui agissait à titre de conseiller juridique et d'agent de brevet pour ADIR dans le cadre de la poursuite liée à la demande 093, la procédure de conflit et le règlement qui en a découlé, ainsi que l'émission du brevet n° 196 et de deux certificats de correction pour la revendication n° 5 du brevet n° 196 (M. Landry est maintenant avocat au cabinet d'avocats Ogilvy Renault; même s'il n'était pas l'avocat inscrit au dossier dans l'action perindopril, il a participé à certaines questions juridiques liées à cette action);
 - (b) Mme Liliane Benhamou, qui était l'adjointe administrative de M. Landry pendant les moments importants décrits ci-dessus;
 - (c) Mme France Côté, qui agissait en tant qu'agent de brevet pour Servier dans le cadre de la demande 093.
2. Les témoins de Schering, qui comprenaient M. Anthony Creber et Mme Jennifer Wilkie, qui sont tous deux des avocats inscrits au dossier pour Schering dans l'action ramipril et qui agissaient en tant qu'avocats et agents de brevet pour Schering dans la procédure de conflit et le règlement qui en a découlé;
3. Les témoins Sanofi, qui comprenaient M. H. Roger Hart et M. Andrew I. McIntosh, qui agissaient tous deux en tant qu'avocats et agents de brevet pour les prédécesseurs

de Sanofi, la tierce partie impliquée dans la procédure de conflit et le règlement qui en a découlé.

[16] Dans chacune des assignations à témoigner, le témoin proposé doit apporter des documents décrits en termes très généraux. De façon générale, chacun des témoins de Schering et des témoins de Sanofi doit apporter [TRADUCTION] « tout ce qui, en principe, est considéré comme étant un document » pertinent dans le cadre de la procédure de conflit et du règlement.

[17] L'assignation à témoigner de M. Landry comprend, outre la même description générale des documents indiquée ci-dessus, une exigence d'apporter deux listes de documents indiquées aux annexes A et B de ladite assignation. Les annexes A et B sont les journaux de documents privilégiés fournis par Servier à Apotex en vertu de l'ordonnance du 17 juillet. M. Landry est aussi tenu d'apporter des documents liés à la traduction des revendications du brevet n° 196 et des corrections apportées à la revendication n° 5 du brevet n° 196.

[18] Mme Benhamou et Mme Côté sont tenues d'apporter des documents liés à la traduction et à la correction du brevet n° 196.

III. Discussion

A. *Principes généraux*

[19] Les parties s'entendent sur le fait que le critère général qui s'applique pour l'annulation d'une assignation à témoigner a été décrit par le juge Blais dans *Zundel (Re)*, 2004 CF 798, aux paragraphes 5 à 7 :

La jurisprudence relative aux assignations à témoigner démontre qu'il y a deux considérations principales qui s'appliquent à une requête en annulation d'une assignation à témoigner : 1) Y a-t-il un privilège ou une autre règle de droit qui s'applique de façon que le témoin ne doive pas être contraint à témoigner?; (p. ex. *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, [2003] A.C.F. n° 1238); 2) Le témoignage des témoins assignés est-il pertinent et important en fonction des questions que la Cour doit trancher? (P. ex. *Jaballah (Re)*, [2001] A.C.F. n° 1748; *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [1998] A.C.F. n° 294).

Le privilège s'appliquera, par exemple, dans le cas de l'immunité parlementaire lorsque le Parlement est en session (*Nation et bande indienne de Samson*, précitée) ou dans le cas du secret professionnel, bien qu'un avocat qui exerce des fonctions de gestion puisse bien être appelé à témoigner (*Zarzour c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 123).

Pour ce qui est de la question de savoir si le témoignage à être rendu sera utile au juge du procès, les tribunaux seront réticents à empêcher les parties de présenter les témoignages dont elles pensent avoir besoin, mais les tribunaux, en général, ne permettront pas les interrogatoires à l'aveuglette. Par conséquent, si une partie présente une requête pour faire annuler l'assignation à témoigner, elle doit démontrer l'absence de pertinence ou d'importance du témoignage que la partie qui a délivré l'assignation à témoigner a l'intention de présenter. Évidemment, le juge qui décide de la question d'annuler ou pas l'assignation ne se prononce pas sur le poids à donner à un tel témoignage, cela devant être déterminé par le juge des faits (*Stevens c. Canada (Procureur général)*, [2004] A.C.F. n° 98).

[20] D'autres cas dans la jurisprudence renforcent la notion selon laquelle une assignation à témoigner ne doit pas être une chasse à l'aveuglette (voir, par exemple, *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [1998] A.C.F. n° 294, aux paragraphes 12 et 13 (T.D.) (QL) [*Merck*]; *Jaballah (Re)*, 2001 CFPI 1287, au paragraphe 13).

[21] Il est possible d'annuler une assignation à comparaître quand elle constitue un abus de procédure. Je prends en note la conclusion rendue par le juge MacKay dans *Merck*, précité, aux paragraphes 12 et 13 à cet égard, où il a indiqué que la Cour peut être prête à annuler une assignation à témoigner quand elle constitue un abus de procédure ou l'est presque.

[22] Le fardeau de la preuve dans une requête en annulation d'assignation à témoigner fait l'objet d'un désaccord entre les parties. Apotex, en s'appuyant sur les déclarations du juge Blais dans *Zundel (Re)*, précité, affirme que les requérantes doivent convaincre la Cour que les renseignements recherchés ne sont ni pertinents ni importants. Les requérantes affirment qu'il incombe à Apotex de prouver la pertinence et l'importance des témoignages et des documents recherchés. Selon les faits présentés en l'espèce, quand des assignations à témoigner sont émises à l'égard d'avocats et quand la question du privilège est importante, je préfère les opinions des requérantes.

[23] La décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Harris* (1994), 93 C.C.C. (3d) 478 (C.A. Ont) s'avère particulièrement utile pour trancher cette question liée au fardeau de la preuve. Dans cette affaire, le prévenu avait demandé à assigner l'avocat de la Couronne à témoigner. La cour, en renversant la décision du juge de la Cour chargé des requêtes afin de permettre que l'assignation à témoigner demeure en vigueur, la Cour a repris les mots du juge Craig dans *R. c. Stupp* (1982), 70 C.C.C. (2d), aux paragraphes 107 à 121 (H.C.J.), où il a affirmé :

[TRADUCTION]

Selon moi, lorsqu'une assignation à témoigner ou lorsque le droit d'appeler un témoin est contesté, comme c'est le cas en l'espèce, il n'est pas suffisant pour la partie qui a assigné le témoin d'affirmer tout simplement que le témoignage du témoin pourrait être pertinent; la partie doit plutôt établir qu'il est probable que Brian Johnston livre un témoignage pertinent. Cela s'applique particulièrement quand,

comme c'est le cas en l'espèce, l'accusé prend la mesure extraordinaire de demander à appeler l'avocat de la Couronne comme témoin.

[...]

Selon moi, on ne devrait pas permettre à un accusé d'appeler l'avocat de la Couronne afin de faire une chasse à l'aveuglette ou de l'interroger en espérant qu'un élément qui l'aiderait à aborder la question ressorte; l'avocat doit plutôt convaincre le juge qu'il a de véritables motifs de croire que le témoin livrera probablement un témoignage important.

[24] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu ainsi :

[TRADUCTION]

Nous sommes d'avis qu'il ne suffit pas, pour maintenir l'assignation à témoigner, de croire que le témoin « pourrait » livrer un témoignage important sur l'affaire. C'est le défendeur qui avait le fardeau d'établir qu'il était probable que Murphy livre un témoignage important sur les questions soulevées (*Harris*, précité, au paragraphe 5).

[25] Même si les affaires *Harris* et *Stupp* ont été tranchées dans un contexte criminel, le critère établi dans ces cas a été cité dans le contexte civil (voir *Zundel (Re)*, précité) et particulièrement dans les cas où des avocats étaient visés par des assignations à témoigner (voir *Wexler c. Bhullar*, 2006 BCSC 1466, confirmé dans 2007 BCCA 273).

[26] Un examen de la jurisprudence présentée par les avocats aux fins des présentes requêtes s'avère instructif. Dans les cinq volumes considérables d'autorités présentés à la Cour, relativement peu de cas portaient sur des assignations à témoigner visant des avocats (*Seagrove Capital Corp. c. Leader Mining International Inc.*, [2000] S.J. n° 315 (Q.B.) (QL); *Wexler*, précité, *Williams c. Stephenson*, [2005] B.C.J. n° 665 (S.C.) (QL); *Harris*, précité, *Zarzour c. Canada*, [2001] A.C.F.

n° 123 (T.D.) (QL); *R.A.R.B. c. British Columbia* [2001] B.C.J. n° 908 (S.C.) (QL)). Apotex n'a renvoyé à aucune jurisprudence où on avait réussi à faire assigner des avocats à témoigner. Toutes les assignations à comparaître dans ces affaires ont été annulées, sauf une (*Zarzour*, dont il est question ci-dessus). Bien entendu, cela ne signifie pas que l'on ne peut jamais exiger à des avocats de témoigner sur des dossiers où ils ont agi en tant que conseillers juridiques. À mon avis, cependant, cela met en évidence le fait que la Cour doit étudier avec une grande attention la question avant d'émettre une assignation à témoigner qui pourrait avoir des répercussions profondes sur la relation spéciale entre un avocat et son client. Les assignations à témoigner qui exigent à un avocat de livrer un témoignage sur des dossiers dans lesquels ils conseillaient un client ne devraient être émises que dans les cas les plus manifestes.

[27] Comment la Cour peut-elle être convaincue que l'émission d'une assignation à témoigner est justifiée? L'affaire *Zarzour*, précitée, en est une où la Cour a confirmé une assignation à témoigner. Dans cette affaire, une de trois assignations à comparaître avait été mise à l'égard d'une avocate, Mme Collins, qui était conseillère interne au Service correctionnel du Canada. Le juge Pelletier a indiqué ce qui suit quand il a refusé d'annuler l'assignation à témoigner :

[...] lorsqu'un conseiller juridique s'implique dans la gestion de l'entreprise, les communications entre l'avocat et les gestionnaires ne sont pas nécessairement protégées par le secret professionnel. Ces communications ne seront pas privilégiées si l'avocat est consulté dans sa capacité de gestionnaire au lieu de sa capacité professionnelle. *R.v. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au paragr. 50 :

[...]

À savoir si Maître Collin a été consultée en sa qualité d'avocate ou de gestionnaire est une question de fait que devra trancher le juge siégeant au procès. Maître Collin devra se conformer au subpoena. (*Zarzour*, précité, aux paragraphes 8-9).

[28] Ainsi, si la partie qui demande une assignation à témoigner à l'égard d'un avocat peut présenter certains éléments de preuve indiquant que l'avocat a assumé des responsabilités ou formulé des conseils (à titre d'agent de brevet, par exemple) à l'extérieur de la relation avocat-client, l'assignation à témoigner peut être justifiée. En particulier, les tribunaux ont conclu, selon les faits qui leur étaient présentés, que le secret professionnel pourrait ne pas entrer en jeu dans le cas où l'avocat qui est aussi un agent de brevet a agi à ce titre (*Lumonics Research Ltd. c. Gould* (1983), 70 C.P.R. (2d) 11 à 15 (C.A.F.); *Montreal Fast Print (1975) Ltd. c. Polylok Corp.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 34 (C.F. 1^{re} inst.); *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 444 (C.F. 1^{re} inst.)). Dans ce genre de situation, le juge de première instance sera la mieux placée pour déterminer si l'avocat agissait en tant qu'agent de brevet ou qu'avocat.

[29] On trouve un autre exemple de cas où il peut être justifié d'émettre une assignation à témoigner dans une situation où la relation entre l'avocat et le client n'est pas assujettie à la protection conférée par le secret professionnel. Les communications faites pour faciliter la commission d'une infraction ne sont pas visées par le secret professionnel (*Cadillac Fairview Corp. c. Canada (Commission de la concurrence)* (2003), 29 C.P.R. (4th) 33 aux paragraphes 7 et 8, 10 (C.S. Ont.); *Dublin c. Montessori Jewish Day School of Toronto*, [2007] O.J. n° 1062 (C.S.) (QL)). Le refus du secret professionnel dans de tels cas se fonde sur la politique selon laquelle les avantages au maintien du secret professionnel sont compensés par les avantages à tirer de la divulgation complète de toutes les circonstances liées à la résolution de la question, y compris celles contenues dans des documents qui sont habituellement protégés contre la divulgation en raison du

secret professionnel (voir *Pax Management Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1987] 5 W.W.R. 252 à 261 (C.A.)).

B. *Application des principes aux requêtes présentées à la Cour*

[30] Avec ces principes à l'esprit, j'aborderai les faits présentés à la Cour dans ces requêtes.

(1) Le témoignage potentiel est-il pertinent?

[31] J'aborderai en premier lieu la question de la pertinence, qui touche l'ensemble des assignations à témoigner. Selon mon examen de la jurisprudence, je suis convaincue que le seuil requis pour montrer la pertinence n'est pas élevé. Une partie doit toutefois en faire plus qu'affirmer la pertinence tout simplement (*Harris*, précité, au paragraphe 4; *Zundel (Re)*, précité, au paragraphe 8).

[32] Passons maintenant à la pertinence des témoins assignés à témoigner devant moi; je conclus que les affidavits des requérantes confirment que la plupart des témoins assignés à témoigner avaient participé au règlement de la procédure de conflit qui a mené au brevet n° 196 et à la délivrance des certificats de correction subséquents :

1. Anthony Creber : le paragraphe 4 de l'affidavit de John Norman confirme que M. Creber était conseiller de Schering pendant la procédure de conflit.

2. J. Nelson Landry : le paragraphe 5 de l'affidavit de Sylvie Jaguelin confirme que M. Landry était l'agent de brevet d'ADIR et de Servier pendant la demande 093.
3. Liliane Benhamou et France Côté : le paragraphe 6 de l'affidavit de Sylvie Jaguelin confirme que Mme Benhamou et Mme Côté ont aidé M. Landry dans le cadre de la demande 093.
4. Andrew I. McIntosh et H. Roger Hart : le paragraphe 9 des observations écrites de M. McIntosh et de M. Hart, ainsi que le paragraphe 5 de l'affidavit de M. McIntosh, confirment que ces témoins étaient conseillers de Hoechst AG (qui allait devenir Sanofi Germany) pendant la procédure de conflit.

[33] Vu que la question de la procédure de conflit et des certificats de correction est visée par des allégations dans la demande reconventionnelle présentée par Apotex, je suis convaincue que l'on pourrait raisonnablement supposer que les témoins proposés possèdent des renseignements qui pourraient permettre, directement ou indirectement, à Apotex de présenter sa cause ou de porter préjudice à celle de Servier (*Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1988] A.C.F. n° 1025 (T.D.) (QL)).

[34] La pertinence n'est toutefois pas le seul facteur à prendre en considération.

(2) Apotex fait-elle une chasse à l'aveuglette?

[35] Comme il a été indiqué ci-dessus, la Cour a conclu à maintes reprises qu'elle ne permettra pas de recourir à des assignations à témoigner pour faire une chasse à l'aveuglette (*Zundel (Re)*, précité, au paragraphe 7; *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, [1997] A.C.F. n° 1458 (T.D.) (QL); *Merck*, précité, aux paragraphes 12 et 13). Apotex a jeté un très grand filet avec ses assignations à témoigner. C'est particulièrement le cas pour les témoins de Sanofi et les témoins de Schering. À titre d'exemple, on demande à M. Creber d'apporter et de produire ce qui suit :

[TRADUCTION]

Tout ce qui peut, en principe, être considéré comme étant un document [...] pertinent dans le cadre de la poursuite de la [demande 336] au nom de la Schering Corporation et au règlement de certaines procédures de conflit portant sur la [demande 336 et la demande 093 et la demande 453] devant le commissaire des brevets (le « commissaire ») et par la suite, dans le cadre de procédures devant la Cour fédérale, regroupées sous le dossier de la Cour no T-228-97, entre la Schering Corporation, Hoechst Aktiengesellschaft et la demanderesse ADIR, qui ont toutes présenté des demandes de brevet auprès du commissaire.

[36] L'assignation à témoigner de M. Landry porte sur les trois questions visées par la procédure – l'invention, la correction apportée à la revendication n° 5 et les allégations de conspiration. En ce qui concerne l'invention et les allégations de conspiration, l'assignation à témoigner de M. Landry contient une liste de documents; dans les faits, cependant, elle n'est pas moins vaste que les assignations à témoigner émises à l'égard des témoins de Schering ou de Sanofi. Apotex est en mesure de dresser la liste des documents en raison de l'ordonnance du 17 juillet seulement, où la protonotaire Aronovich exigeait à Servier de présenter une liste de documents privilégiés liés aux opérations. Malgré l'existence des journaux dans cette affaire, l'assignation à témoigner n'en demeure pas moins une chasse à l'aveuglette.

[37] Je suis convaincue que les assignations à témoigner envoyées aux témoins de Schering et aux témoins de Sanofi, ainsi qu'à M. Landry, dans la mesure où elles portent sur l'invention ou sur les allégations de conspiration, pourraient être radiées uniquement au motif qu'elles sont trop vastes et qu'elles correspondent effectivement à une chasse à l'aveuglette.

[38] La situation est différente pour la question de la correction. Contrairement à l'invention et aux allégations de conspiration, la question du certificat de correction porte sur des documents qui couvrent un nombre limité d'événements distincts (la traduction du brevet, le certificat de correction daté du 3 avril 2001 et le certificat de correction daté du 14 mai 2001) survenus au cours d'une période courte et définie. Qui plus est, les exigences établies dans les assignations à témoigner de Mme Côté, Mme Benhamou et M. Landry liées à ces questions sont claires et relativement bien définies. Par conséquent, je conclus que ces assignations à témoigner, dans la mesure où elles portent sur les certificats de correction, ne sont pas trop vastes.

(3) Les renseignements demandés sont-ils inadmissible en raison du privilège?

[39] Les requérantes affirment que les renseignements demandés par l'intermédiaire des assignations à témoigner sont visés par le secret professionnel, le privilège relatif au litige et le privilège à l'égard du règlement. Elles affirment aussi que la question du privilège a déjà été tranchée dans les ordonnances du 17 juillet et du 11 septembre. Apotex réplique en invoquant un certain nombre d'arguments, que je résume ainsi :

- la question du privilège ne doit être tranchée qu'au procès, même si (comme c'est le cas en l'espèce) une détermination préliminaire d'admissibilité a été faite pendant le processus de communication préalable (*William Allan Real Estate Co. c. Robichaud*, [1990] O.J. n° 41 (H.C.) (QL));
- le privilège ne s'applique pas quand les communications sont faites afin d'obtenir des conseils juridiques et de faciliter la commission d'une infraction en vertu de la *Loi sur la concurrence*;
- le privilège ne s'applique pas quand l'avocat agit en tant qu'agent de brevet.

[40] Je souscris à l'opinion d'Apotex selon laquelle le principe juridique de la chose jugée, établi par la Cour suprême du Canada dans *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 25 ne s'appliquerait peut-être pas directement. À titre d'exemple, aucun des témoins assignés à témoigner n'étaient partie à une procédure antérieure dans l'action perindopril. À mon avis, cependant, les conclusions tirées par la protonotaire Aronovich dans l'ordonnance du 17 juillet et les gestes subséquents des parties sont pertinents pour déterminer s'il faut annuler les assignations à témoigner.

[41] En concluant que les documents liés à la poursuite et au règlement antérieurs étaient visés par un privilège, la protonotaire Aronovich (et la Cour, dans l'appel subséquent) a porté son attention sur la même question du privilège que celle dont la Cour est saisie dans les présentes

requêtes. La Cour n'agirait donc pas de façon cohérente en confirmant maintenant que les documents en possession de Servier, en tant que catégorie définie, ne sont pas visés par un privilège.

[42] Plus important encore, rien n'a changé depuis l'ordonnance du 17 juillet, hormis le fait que Servier a fourni des journaux détaillés des documents. L'affaire *William Allan Real Estate*, précitée, diffère à cet égard. Dans cette affaire, la juge Arbour, comme elle l'était alors, a conclu qu'une décision préalable au procès selon laquelle un document ne doit pas être divulgué pendant la communication préalable en raison du privilège ne constituait pas une décision définitive sur l'admissibilité au procès. Toutefois, dans *William Allan Real Estate*, la Cour examinait un document pour lequel des éléments de preuve de vive voix et d'autres, plus approfondis, avaient été présentés au procès. En l'espèce, rien de ce qui m'a été présenté n'indique que les faits sur lesquels repose la détermination de la protonotaire Aronovich ont changé. Il a été conclu que le privilège s'appliquait le 17 juillet 2007; Apotex n'a rien présenté pour me convaincre qu'il ne s'applique peut-être plus maintenant.

[43] Trois motifs distincts de privilèges peuvent s'appliquer à une partie ou à la totalité des renseignements demandés par l'intermédiaire des assignations à témoigner : le privilège du secret professionnel de l'avocat; le privilège relatif au règlement; et le privilège relatif au litige. En ce moment précis, vu la preuve qui m'a été présentée, je suis d'avis qu'il est probable que la totalité des renseignements demandés (hormis, possiblement, certains renseignements liés aux corrections apportées au brevet 196) sont visés par au moins un des motifs d'invoquer le privilège et ne sont visés par aucune exception.

[44] Dans la présente action, Apotex affirme que les parties ont conclu le règlement afin d'éliminer la concurrence dans le marché pour les inhibiteurs de l'enzyme de conversion de l'angiotensine, ce qui va à l'encontre de la Loi sur la concurrence. Ainsi, comme le fait valoir Apotex, les communications avec leurs avocats ne peuvent être protégées en tant que documents privilégiés. Il m'est impossible de tirer cette conclusion selon la preuve qui m'est présentée. Même si je suis d'accord avec Apotex quand elle affirme que l'on peut refuser le privilège dans des situations où l'on trouve des preuves de la commission d'une infraction, dans les requêtes en l'espèce, il n'y a aucune preuve, hormis les simples affirmations selon laquelle une infraction a été commise dans la plaidoirie d'Apotex. Il en faut plus que de telles affirmations pour refuser le privilège. Je renvoie à cet égard à la décision rendue par la cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Pax*, précité, où elle a adopté le critère établi par le vicomte Finlay dans *O'Rourke c. Darbishire and Others* [1920], C.A. 581, à la page 604 :

[TRADUCTION]

Si les communications échangées avec l'avocat visaient à obtenir des conseils professionnels, pour se débarrasser du privilège, il en faut plus que de se contenter d'affirmer que ces communications ont été faites pour obtenir des conseils sur la perpétration d'une fraude; il faut un élément qui précise l'accusation. La déclaration doit être faite en termes clairs et précis et il doit aussi y avoir certains éléments de preuve prima facie prouvant que la déclaration est fondée dans les faits. C'est en renvoyant à des affaires de ce genre que l'on peut affirmer à juste titre que la Cour peut, à sa discrétion, exiger l'inspection de documents. Évidemment, il serait absurde d'affirmer que l'on peut se débarrasser du privilège en ne déposant qu'une simple accusation de fraude. La Cour exercera son pouvoir discrétionnaire, non seulement en ce qui concerne le libellé de l'allégation, mais aussi en ce qui concerne les circonstances connexes, afin de déterminer si l'accusation est déposée en toute honnêteté et si sa véracité est suffisamment probable pour refuser à juste titre le privilège accordé aux communications professionnelles.
 [Non souligné dans l'original]

[45] Selon le dossier qui m'est présenté, les éléments de preuve ne suffisent pas à montrer que les allégations de conspiration sont faites de façon honnête et qu'il est suffisamment probable qu'elles soient fondées pour refuser le privilège.

[46] Pour ces motifs, j'annulerai les assignations à témoigner des témoins de Schering et des témoins de Sanofi en totalité. J'annulerai aussi l'assignation à témoigner de M. Landry, dans la mesure où elle porte sur la poursuite liée à la demande 093 devant le Bureau des brevets et le commissaire, la procédure de conflit et le règlement.

(4) Les assignations à témoigner émises à l'égard des témoins de Servier devraient-elles être maintenues en partie?

[47] La question du privilège en ce qui concerne les assignations à témoigner pour les témoins de Servier n'est pas claire.

[48] D'abord, en ce qui concerne M. Landry, dans les réponses présentées récemment par Servier aux questions soulevées dans la communication préalable faite le 22 janvier 2008, on indique sans équivoque que M. Landry a joué un rôle quelconque dans une « erreur administrative » alléguée et dans une « écriture » qui apparaît dans un document produit. Ainsi, à l'instar de *Zarzour*, précité, la preuve qui m'est présentée me porte à croire que M. Landry pourrait avoir un témoignage et des documents qui ne sont pas assujettis au privilège parce qu'ils surviennent dans le contexte de son rôle d'agent de brevet. Par conséquent, je suis prête à accueillir le maintien de l'assignation à témoigner de M. Landry dans une mesure limitée.

[49] Je précise qu'à cette étape, nous ignorons tout simplement, avec certitude, ce qui sera demandé à M. Landry en ce qui concerne les corrections. Je tiens à préciser que ma conclusion relative à l'assignation à témoigner de M. Landry n'élimine pas, bien entendu, le droit de Servier de s'opposer à l'admissibilité de certains éléments de preuve pouvant être présentés par M. Landry.

[50] En ce qui concerne Mme Benhamou et Mme Côté, la situation est différente. Apotex ne m'a présenté aucune preuve de leur rôle individuel dans la traduction et la correction hormis une déclaration générale de leurs fonctions au moment pertinent. Ces assignations à témoigner seront donc annulées.

IV. Conclusion

[51] En somme, les assignations à témoigner des témoins de Schering et de Sanofi seront annulées et les dépens seront adjugés aux requérantes. Même si les témoins de Schering ont demandé une taxation des dépens « au taux le plus élevé du tarif », je ne suis pas convaincue que ces dépens plus élevés soient justifiés.

[52] Les assignations à témoigner de Mme Benhamou et de Mme Côté seront annulées. L'assignation à témoigner de M. Landry sera accueillie dans la mesure où elle porte sur les questions de la traduction du brevet 196 et des corrections y ayant été apportées. Étant donné que Servier a obtenu gain de cause en grande partie, mais pas entièrement, les dépens seront adjugés en faveur de Servier à 80 % du milieu de la colonne III du tarif B.

ORDONNANCE

LA COUR STATUE que :

1. Les requêtes présentées par : (a) Andrew I. McIntosh, H. Roger Hart et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH; et par (b) Anthony Creber et Jennifer Wilkie sont accueillies avec dépens et la requête de Servier est accueillie en partie, avec dépens à 80 % du milieu de la colonne III du tarif B;
2. Les assignations à témoigner d'Andrew I. McIntosh, de H. Roger Hart, d'Anthony Creber et de Jennifer Wilkie sont annulées sans autorisation de modification;
3. Les assignations à témoigner de Liliane Benhamou et de France Côté sont annulées sans autorisation de modification;
4. Les exigences 1 (a) (i) et (v) et toutes les exigences 1(b) et (c) de l'assignation à témoigner de J. Nelson Landry sont radiées de l'assignation à témoigner et les autres sont maintenues.

« Judith A. Snider »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1548-06

INTITULÉ : LES LABORATOIRES SERVIER ET AL
c. APOTEX INC. ET AL

LIEU DE L'AUDIENCE : Montréal (Québec)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 29 février 2008

MOTIFS DE L'ORDONNANCE : LA JUGE SNIDER

DATE DES MOTIFS : Le 7 mars 2008

COMPARUTIONS :

M^e Judith Robinson
M^e Horia Bundaru

POUR LES DEMANDERESSES

M^e Andrew Brodtkin
M^e Ben Hackett
M^e Miles Hastie

POUR LES DÉFENDERESSES

M^e David M. Paciocco
M^e Richard G. Dearden

POUR ANTHONY CREBER
et JENNIFER WILKE

M^e J. Sheldon Hamilton

POUR LES DEMANDERESSES
(DÉFENDERESSES
RECONVENTIONNELLES)
SANOFI-AVENTIS CANADA INC. et
SANOFI-AVENTIS DEUTSCHLAND
GmbH dans T-161-07

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

OGILVY RENAULT S.R.L.
Montréal (Québec)

POUR LES DEMANDERESSES

GOODMANS LLP

POUR LES DÉFENDERESSES

Toronto (Ontario)

EDELSON AND ASSOCIATES
Ottawa (Ontario)

GOWLING LAFLEUR
HENDERSON S.R.L.
Ottawa (Ontario)

POUR ANTHONY CREBER
et JENNIFER WILKIE

POUR ANTHONY CREBER
et JENNIFER WILKIE