

17 185

Cour fédérale



Federal Court

F I L E D	FEDERAL COURT COUR FÉDÉRALE	D É P O S É
	MAR 28 2018	
	CYNTHIA LEAVER	
OTTAWA, ON	46	

Date : 20090922

Dossier : T-3197-90

T-2624-91

T-2983-93

Référence : 2009 CF 949

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Toronto (Ontario), le 22 septembre 2009

En présence de monsieur le juge Hughes

Dossier : T-3197-90

ENTRE :

APOTEX INC. ET NOVOPHARM LTD.

demandereses

et

THE WELLCOME FOUNDATION LIMITED

défenderesse

Dossier : T-2624-91

ET ENTRE :

THE WELLCOME FOUNDATION LIMITED et GLAXO WELLCOME INC.

demandereses

et

INTERPHARM INC. et APOTEX INC. et ALLEN BARRY SHECHTMAN

défendeurs

Dossier : T-2983-93

ET ENTRE :

THE WELLCOME FOUNDATION LIMITED et GLAXO WELLCOME INC.

demandereses

et

NOVOPHARM LTD.

défenderesse

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

[1] Les présents motifs portent sur l'appel d'une décision du protonotaire Lafrenière datée du 3 février 2009, dont la référence est 2009 CF 117, dans laquelle il a autorisé Wellcome Foundation Limited et Glaxo Wellcome Inc. (collectivement, GSK) à déposer un nouvel énoncé modifié des questions en litige dans les trois procédures qui ont été regroupées et qui sont entendues ensemble. Apotex Inc. et Novopharm Ltd. ont toutes deux interjeté appel de la décision. Pour les motifs énoncés ci-après, je conclus que l'appel est rejeté, sauf en ce qui concerne une modification apportée à l'ordonnance concernant les dépens.

[2] Dans ses motifs, le protonotaire a établi le contexte de ces actions et de la requête en modification, particulièrement aux paragraphes 4 à 17. En bref, ces actions ont été intentées entre 1991 et 1993. GSK alléguait que le brevet canadien 1238277 (brevet 277) avait été contrefait par Apotex et Novopharm, lesquelles parties ont ensuite remis en question la validité du brevet. Une ordonnance de disjonction a été rendue, sur consentement, en ce qui concerne les dommages-

intérêts ou les profits. L'affaire a fait son chemin devant les différents tribunaux et, enfin, en 2002, la Cour suprême du Canada a conclu que certaines revendications du brevet étaient valides et avaient été contrefaites.

[3] En 2003, GSK a demandé la tenue d'un renvoi visant à établir le montant des dommages-intérêts dans un acte de procédure intitulé « énoncé des questions en litige ». Une modification a été apportée à l'énoncé des questions en litige, sur consentement, en 2005. Des interrogatoires préalables minutieux ont été menés. Une date d'instruction a été fixée en mars ou en mai 2011, selon l'issue d'une procédure.

[4] En décembre 2007, GSK a présenté une requête pour apporter d'autres modifications à son énoncé des questions en litige. Cette requête était étayée par l'affidavit non contesté d'un parajuriste, O'Connor, dans lequel étaient examinés le contexte et les documents. Elle était également étayée par l'affidavit de Peter I. Dolton, vice-président de la division pharmaceutique au Royaume-Uni de GlaxoSmithKline UK. Les parties importantes de cet affidavit controversé mais succinct, sont les paragraphes 4 à 7, où on lit ce qui suit :

- a. [TRADUCTION]
Depuis la préparation des tableaux des dommages, GSK Canada a poursuivi son enquête relativement à ses demandes en dommages-intérêts et, en particulier, à sa conclusion de ce qu'auraient été les prix « n'eût été » la contrefaçon par les défendeurs.
- b. *À l'issue de cette enquête, GSK Canada est d'avis que les éléments de preuve étayent une tarification révisée, comme il est indiqué dans le nouvel énoncé modifié proposé des questions en litige.*
- c. *Plus particulièrement, le profil de la société (n° de production GSK 2445), le profil de la division (n° de production GSK 2446), le*

plan de marketing du RETROVIR® (n° de production GSK 2447) et un modèle de prévision des ventes du RETROVIR® (n° de production GSK 2402) fournissent des renseignements qui ont des répercussions sur ce qu'auraient été les prix « n'eût été » la contrefaçon.

d. Par ailleurs, peu avant de déposer les tableaux des dommages, certaines modifications ont été apportées aux prix; ces modifications n'ont pas été saisies dans les tableaux, mais elles sont pertinentes pour les revendications de GSK Canada.

[5] M. Dolton a fait l'objet d'un contre-interrogatoire rigoureux par l'avocat d'Apotex et celui de Novopharm.

[6] Novopharm a déposé l'affidavit de Rosa Pedretti, une assistante juridique auprès d'un de ses avocats externes, dans lequel figuraient des renseignements et des documents non contestés. Apotex a déposé l'affidavit d'une parajuriste, Nicole Roth, dans lequel figuraient des renseignements et des documents non contestés, ainsi que l'affidavit de Stephen R. Cole, un évaluateur d'entreprise externe qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire rigoureux par l'avocat de GSK.

[7] Certaines des modifications demandées par GSK n'étaient pas contestées par Apotex et Novopharm. Les modifications demandées qui étaient contestées portaient sur le montant des dommages-intérêts demandé et la justification à l'appui. Initialement, GSK demandait des dommages-intérêts de 210 millions de dollars, comme il est indiqué au paragraphe 5 de l'énoncé des questions en litige :

[TRADUCTION]

5. Les demanderesse demandent que les défendeurs leur versent, conjointement et solidairement, des dommages-intérêts d'un montant total de 210 millions de dollars. La demande en dommages-intérêts

des demanderesse, qui définit les questions dans le présent renvoi, se décompose de la façon suivante :

- (a) Manque à gagner sur les ventes de zidovudine en raison des rabais donnés aux consommateurs (RETROVIR[®], RETROVIR[®] 300, COMBIVIR[®], TRIZIVIR[®]) 22 millions de dollars
- (b) Manque à gagner sur les ventes de zidovudine à prix réduit (RETROVIR[®], RETROVIR[®] 300, COMBIVIR[®], TRIZIVIR[®]) 34 millions de dollars
- (c) Manque à gagner sur les ventes de lamivudine à prix réduit (3TC[®], HEPTOVIR[®], COMBIVIR[®], TRIZIVIR[®]) 58 millions de dollars
- (d) Manque à gagner attribuable à la vente par les défendeurs des produits contrefaits \$30 millions de dollars
- (e) Occasion perdue de réinvestir les profits et les bénéfices dans le cours normal des activités (points a à d ci-dessus) 66 millions de dollars
- (f) Intérêts antérieurs et postérieurs au jugement d'un montant qui sera fixé par la Cour
- (g) Dépens d'un montant qui sera fixé par la Cour

[8] En raison de modifications apportées en 2005, sur consentement, le montant des dommages-intérêts demandés par GSK a augmenté et est passé de 220 à 300 millions de dollars. Les chiffres détaillés ont été révisés de la façon suivante :

[TRADUCTION]

- (a) Manque à gagner sur les ventes de zidovudine en raison des rabais donnés aux consommateurs (RETROVIR[®], RETROVIR[®] 300, COMBIVIR[®], TRIZIVIR[®]) [tableau 2] 17 608 599\$
- (b) Manque à gagner sur les ventes de zidovudine à prix réduit (RETROVIR[®], RETROVIR[®] 300, COMBIVIR[®], TRIZIVIR[®]) [tableau 3] 38 959 636\$
- (c) Manque à gagner sur les ventes de lamivudine à prix réduit (3TC[®], HEPTOVIR[®], COMBIVIR[®], TRIZIVIR[®]) [tableau 3] 70 707 571 \$
- (d) Manque à gagner attribuable à la vente par les défendeurs des produits contrefaits [tableau 4] 26 334 068 \$

- (e) *Occasion perdue de réinvestir les profits et les bénéfices dans le cours normal des activités (points a à d ci-dessus)*
[tableau 5] 144 610 456 \$
- (f) *Intérêts antérieurs et postérieurs au jugement d'un montant qui sera fixé par la Cour*
- (g) *Dépens d'un montant qui sera fixé par la Cour*

[9] Les autres modifications maintenant demandées porteraient le total à un peu moins de 675 millions de dollars pour les dommages-intérêts demandés par GSK, comme il est indiqué dans le paragraphe 5 révisé ci-dessous, dans lequel figurent des modifications supplémentaires à l'appui des chiffres donnés dans les autres paragraphes et annexes de l'énoncé des questions en litige modifié proposé :

[TRADUCTION]

- (a) *Manque à gagner sur les ventes de zidovudine en raison des rabais donnés aux consommateurs (RETROVIR[®], RETROVIR[®] 300, COMBIVIR[®], TRIZIVIR[®])* [tableau 2]
19 688 561\$
- (b) *Manque à gagner sur les ventes de zidovudine à prix réduit (RETROVIR[®], RETROVIR[®] 300, COMBIVIR[®], TRIZIVIR[®])*
[tableau 3] 92 478 711\$
- (c) *Manque à gagner sur les ventes de lamivudine à prix réduit (3TC[®], HEPTOVIR[®], COMBIVIR[®], TRIZIVIR[®])* [tableau 3]
156 576 233\$
- (d) *Manque à gagner attribuable à la vente par les défendeurs des produits contrefaits* [tableau 4] 31 871 131\$
- (e) *Occasion perdue de réinvestir les profits et les bénéfices dans le cours normal des activités (points a à d ci-dessus)*
[tableau 5] 373 743 620\$
- (f) *Intérêts antérieurs et postérieurs au jugement d'un montant qui sera fixé par la Cour*
- (g) *Dépens d'un montant qui sera fixé par la Cour*

[10] Le protonotaire Lafrenière a entendu les arguments et, le 3 février 2009, a rendu l'ordonnance visée par présent appel. Cette ordonnance était accompagnée de motifs et autorisait les modifications ainsi que certaines dispositions en ce qui concerne les dépens. Il a conclu ce qui suit aux paragraphes 52 à 55 de ses motifs dans la décision, dont la référence est 2009 CF 117 :

[52] Les actes de procédure doivent refléter les véritables questions en litige entre les parties de sorte que l'on puisse statuer sur le fond de l'affaire et que tous les points soient valablement soumis à la Cour. Dans l'arrêt Canderel Ltée c. Canada, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.), le juge Décary a énoncé ce principe fondamental comme suit :

[...] même s'il est impossible d'énumérer tous les facteurs dont un juge doit tenir compte en décidant s'il est juste, dans une situation donnée, d'autoriser une modification, la règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice.

[53] J'estime que les intimées ne subiront aucun préjudice par suite des modifications, puisqu'elles ont été informées de ces modifications avant la fin de la première série d'interrogatoires préalables, et qu'il se peut que d'autres interrogatoires préalables aient lieu. En revanche, GSK subirait un préjudice si ces modifications n'étaient pas autorisées puisqu'il serait dans l'impossibilité d'évaluer avec précision le montant des dommages-intérêts, ce qu'il serait autrement en mesure de faire. Les modifications aideront aussi l'arbitre à trancher les questions en litige.

[54] Les intimées devront engager des dépenses additionnelles pour se défendre contre l'action en dommages-intérêts, principalement en raison du dédoublement des efforts déployés pour préparer les interrogatoires préalables. Il convient donc de leur accorder des dépens pour tous les frais raisonnablement engagés pour interroger à nouveau au préalable les représentants de GSK

relativement aux modifications des prix 2008, dépens qui seront taxés conformément au milieu de la colonne IV du tarif B.

[55] En règle générale, la partie qui cherche à obtenir une modification doit assumer les dépens, en particulier lorsque les modifications demandées sont attribuables à l'inadvertance. Les intimées se sont opposées sur le fond à la présente requête pour autorisation de modifier, non seulement sur la forme. Puisque GSK a réussi à obtenir la réparation qu'il demandait, je conclus qu'aucuns dépens ne devraient être adjugés dans la présente requête.

I. QUESTIONS EN LITIGE

[11] Apotex et Nophovarm soulèvent les questions suivantes dans le cadre du présent appel :

1. Quelle est la norme de contrôle judiciaire de l'ordonnance du protonotaire dans les circonstances en l'espèce?
2. Le protonotaire a-t-il mal apprécié les éléments de preuve?
3. GSK a-t-il fourni une explication adéquate aux modifications nécessaires?
4. Les modifications constituent-elles une rétractation d'aveu?
5. Apotex et Novopharm subirait-elles un préjudice si les modifications étaient autorisées?
6. L'adjudication des dépens était-elle inadéquate?

II. OBSERVATIONS D'ORDRE GÉNÉRAL RELATIVES AUX MODIFICATIONS

[12] Les principes généraux concernant les modifications aux actes de procédure ont été mentionnés à de nombreuses reprises en l'espèce et dans d'autres cours de common law, et une modification devrait être autorisée pour que les réelles questions contestées soient soumises à la Cour, sauf si la partie adverse subira un préjudice qui ne peut pas être réparé par des dépens, et pour que l'intérêt de la justice soit servi.

[13] Il existe de nombreuses sources à l'appui de cette prétention, et je cite le paragraphe 9 de l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 CF 3 (CA) à titre d'exemple type :

[9] En ce qui concerne les modifications, on peut dire, à la suite des décisions de cette Cour dans les affaires Northwest Airporter Bus Service Ltd. c. La Reine et Ministre des Transports [...]; La Reine c. Special Risks Holdings Inc. [...]; Meyer c. Canada [...]; Glisic c. Canada [...] et Francoeur c. Canada [...] et de la décision de la Chambre des lords dans l'affaire Kettman c. Hansel Properties Ltd [...], citée dans l'arrêt Francoeur, que même s'il est impossible d'énumérer tous les facteurs dont un juge doit tenir compte en décidant s'il est juste, dans une situation donnée, d'autoriser une modification, la règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice.

[14] Des modifications qui augmentaient la somme accordée et qui avaient été demandées par un demandeur ont été autorisées, même à un stade avancé des procédures, dans des affaires comme *Richardson International Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2002] 4 CF 80. Dans cette affaire, le juge a permis qu'une telle modification soit apportée juste avant les conclusions finales lors de

l'instruction. La Cour d'appel fédérale n'a pas annulé ces modifications. Le juge Malone, s'exprimant pour la Cour, a déclaré ce qui suit aux paragraphes 49 à 51 :

[49] En l'espèce, Richardson a cherché à modifier sa réclamation fondée sur un privilège maritime au stade ultime de l'action, soit juste avant de présenter ses conclusions finales. Elle a fait valoir qu'elle ne savait pas que les frais de mouillage (les factures Korwell) pouvaient être réclamés au titre des approvisionnements nécessaires jusqu'à ce que son propre expert en droit américain lui explique que ces frais étaient, en fait, légitimement inclus dans le privilège maritime. Les factures Korwell avaient été produites devant la Cour et établies à l'instruction à titre de pièce, et l'avocat de Bering a été contre-interrogé au sujet de ces documents, sans protêt. Le juge Dubé a accueilli la requête en modification en vertu du paragraphe 75(1), Bering n'ayant pas réussi à établir qu'elle subirait un préjudice.

[50] Bering prétend aujourd'hui que le juge de première instance a commis une erreur en permettant à Richardson, à un stade aussi avancé de l'instruction, de modifier sa réclamation afin d'y inclure les factures Korwell. Bering allègue qu'elle n'a été mise au courant du fait que les factures étaient incluses dans la réclamation de Richardson qu'au stade des conclusions finales, et soutient de plus que les montants figurant sur ces factures ne reflètent pas les chefs de dommages réclamés à l'origine dans la déclaration. En tant que telle, la modification ne peut être considérée comme étant purement numérique, et, lorsqu'elle est accordée au stade des conclusions finales [page 107], elle équivaut à un piège.

[51] Il est vrai que la requête pour permission de modifier un document a été présentée à un stade extrêmement avancé de l'instruction, et il est surprenant que Richardson ait été informé de la pertinence des factures Korwell par son propre témoin-expert. Cependant, je suis d'avis que l'élément-clé du critère énoncé dans Canderel est le volet « intérêts de la justice ». Je note que l'avocat de Bering n'a pas demandé d'ajournement ni de réouverture de la preuve de Bering lorsque la permission a été demandée. Mme Richardson était présente et aurait pu être réassignée pour subir un nouveau contre-interrogatoire, mais cela n'a pas été fait. Par conséquent, compte tenu du fait que Bering n'a pas réussi à établir qu'elle subirait un préjudice, je ne vois pas en quoi le juge Dubé a commis une erreur en permettant la modification.

[15] Une situation semblable a été prise en compte et une modification a été autorisée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Haikola v. Arsenau*, [1996] 27 O.R. (3d) 576.

[16] En ce qui concerne l'intérêt de la justice et le caractère opportun d'une requête en modification, ces questions ont aussi été examinées à fond dans l'arrêt *Canderel*, précité. En bref, plus on approche de la conclusion d'une affaire dans laquelle une modification est demandée, plus la cour devrait être prudente en ce qui concerne l'approbation d'une modification. Par ailleurs, on doit pouvoir s'attendre de façon légitime à ce que le litige prenne fin; ainsi, une série apparemment infinie de modifications devrait être découragée. Le juge Décary, s'exprimant pour la Cour, a déclaré ce qui suit aux paragraphes 12 et 13 :

[12] Pour ce qui est des intérêts de la justice, on peut dire que les tribunaux et les parties sont en droit de s'attendre à ce qu'un procès aboutisse, et les retards et la tension et les inquiétudes que suscite chez toutes les parties concernées une modification tardive soulevant une nouvelle question, peuvent fort bien être considérés comme un obstacle aux fins de la justice. [...] À notre sens, ces principes ont été le mieux résumés par lord Griffiths, s'exprimant pour la majorité, dans l'arrêt Ketteman v. Hansel Properties Ltd [...] :

Il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle on avait demandé de faire une modification au cours des plaidoiries finales et la Cour n'étudiait pas la nature particulière d'une défense fondée sur la prescription. En outre, quelle que puisse avoir été la règle de conduite il y a cent ans, il n'est pas d'usage aujourd'hui d'autoriser invariablement qu'une défense entièrement différente de celle qui a été plaidée soit opposée au moyen de modifications au terme du procès, même à la condition qu'il y ait ajournement et que le défendeur paie tous les frais faits inutilement. Il existe une claire distinction entre les modifications ayant pour but de rendre plus

claires les questions en litige, et celles qui permettent de soulever une défense différente pour la première fois.

Il appartient au juge de première instance de décider s'il y a lieu d'autoriser une modification, et il doit se laisser guider dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, par sa perception de la justice. De nombreux et divers facteurs influenceront sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Je ne crois pas possible ni sage de tenter de les énumérer tous. Mais la justice ne peut toujours se mesurer en fonction d'une somme d'argent, et à mon sens un juge est en droit de mettre dans la balance la tension que le procès impose aux plaideurs, particulièrement s'il s'agit de particuliers plutôt que de sociétés commerciales, l'inquiétude de faire face à de nouvelles questions litigieuses, les vains espoirs soulevés, et l'attente légitime que le procès réglera les questions dans un sens ou dans l'autre. De plus, autoriser une modification avant le début du procès est tout à fait différent de l'autoriser à la fin, pour donner à un défendeur qui ne semble pas avoir gain de cause la possibilité de reprendre la lutte avec une défense entièrement nouvelle.

Un autre facteur dont le juge doit tenir compte est la pression exercée sur les tribunaux par l'augmentation considérable des procès, et donc la nécessité que, dans l'intérêt public, les procédures soient conduites efficacement. Nous ne pouvons plus nous permettre de témoigner la même indulgence à l'égard de la conduite négligente des procès que celle peut-être possible à une époque moins fébrile. Dans certaines affaires, la justice sera mieux servie si les avocats doivent assumer les conséquences de leur incurie plutôt que d'être autorisés à faire une modification à une étape très tardive de la procédure.

et par le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, dans l'arrêt Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine [...] :

... je préfère tout de même examiner la question dans une perspective plus large : les intérêts de la justice seraient-ils mieux servis si la demande de modification ou de rétractation était approuvée ou rejetée? Les critères mentionnés dans les affaires entendues par d'autres tribunaux sont évidemment utiles, mais il convient de mettre l'accent sur d'autres facteurs également, y compris le moment auquel est présentée la requête visant la modification ou la rétractation, la mesure dans laquelle les modifications proposées retarderaient l'instruction expéditive de l'affaire, la mesure dans laquelle la thèse adoptée à l'origine par une partie a amené une autre partie à suivre dans le litige une ligne de conduite qu'il serait difficile, voire impossible, de modifier, et la mesure dans laquelle les modifications demandées faciliteront l'examen par la Cour du véritable fond du différend. Il n'existe aucun facteur qui soit prédominant, ou dont la présence ou l'absence soit nécessairement déterminante. On doit accorder à chacun des facteurs le poids qui lui revient dans le contexte de l'espèce. Il s'agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l'intérêt qu'ont les tribunaux à ce que justice soit faite.

[13] Même s'il est exact que l'autorisation de faire une modification peut être recherchée à toute hauteur de la procédure, on peut dire sans risque d'erreur que plus tardive est la demande, plus difficile il sera pour le requérant de surmonter le double obstacle que représentent pour lui l'injustice causée à la partie adverse et les intérêts de la justice. Nous notons que dans toutes les affaires fiscales mentionnées par l'avocat de l'appelante, la requête en modification avait été faite avant le procès, ou elle avait été faite au procès mais l'avocat de la partie adverse pouvait s'y attendre au cours du procès.

[17] Il convient de prendre en compte la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Merck & Co., Inc. c Apotex Inc.*, [2004] 2 CF 459, où la Cour a traité de la norme de contrôle judiciaire de la décision du protonotaire qui fera l'objet de discussions sous peu.

[18] Lorsqu'il s'est prononcé sur les modifications demandées par Apotex dans cette affaire, le juge Décary, s'exprimant pour la majorité dans l'arrêt *Merck*, précité, a affirmé aux paragraphes 32 et 33 que bien que des énoncés généralisés puissent être faits, chaque modification demandée devrait être examinée au cas par cas :

[32] Je souscris entièrement à l'affirmation du paragraphe 15 de l'arrêt Andersen :

Nous devons faire en sorte que la procédure de rétractation d'aveu ne devienne pas tellement complexe et tellement stricte que les défendeurs ne feront pratiquement plus d'aveux.

À mon avis, cette affirmation ne veut toutefois pas dire que les procédures doivent être à tel point simples et flexibles que presque toutes les rétractations d'aveux seront autorisées. Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui sollicite les modifications et, s'il faut essentiellement tenir compte des mêmes facteurs pour toutes les modifications, le fardeau devrait être plus lourd quand les modifications en cause visent la rétractation d'un aveu important et auraient pour conséquence un changement radical de la nature des questions en litige.

*[33] La nature, le moment choisi et les circonstances varient d'une modification à l'autre et on doit faire attention à ne pas généraliser des prononcés judiciaires faits dans des contextes précis. Le protonotaire ou le juge saisi d'une requête en modification a l'obligation d'examiner tous les facteurs pertinents. En effet, comme l'a fait remarquer lord Griffiths dans l'arrêt *Ketteman*, à la page 62, « une claire distinction entre les modifications ayant pour but de rendre plus claires les questions en litige, et celles qui permettent de soulever une défense différente pour la première fois ». Il existe aussi une différence claire entre le fait d'autoriser des modifications au procès et le fait de le faire avant l'instruction de l'affaire (voir les arrêts *Glisic c. Canada*, [1988] 1 C.F. 731 (C.A.), à la page 740; *Ketteman*, précité). J'estime qu'il existe également une différence*

claire entre le fait d'autoriser des modifications qui équivalent à une rétractation d'aveu et d'autoriser des modifications qui ne le font pas, et une différence claire entre le fait de permettre des modifications qui équivalent à la rétractation d'un aveu important et entraînent une modification de la cause d'action et une modification portant sur une simple admission de fait.

[19] En résumé :

- En général, une modification devrait être autorisée, à la condition que la partie adverse ne subisse pas de préjudice que des dépens ne pourraient réparer.
- Chaque modification demandée devrait être traitée au cas par cas.
- Les modifications qui révisent à la hausse le montant des dommages-intérêts demandé sont permises, même à une étape tardive.
- Les modifications sans fin doivent être découragées.
- Plus la modification est demandée tardivement, plus la cour devrait être prudente en ce qui concerne l'approbation de cette modification.

III. QUESTION EN LITIGE N° 1

[20] Quelle est la norme de contrôle judiciaire de l'ordonnance du protonotaire dans les circonstances en l'espèce?

[21] La norme de contrôle judiciaire qui doit être appliquée à l'appel d'une décision d'un protonotaire a été bien établie par notre Cour et la Cour d'appel. Il s'agit de la norme qui est énoncée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Merck & Co. c Apotex Inc*, précité, dans lequel le juge Décary, s'exprimant pour la majorité, a écrit ce qui suit au paragraphe 19 :

[19] Afin d'éviter la confusion que nous voyons parfois découler du choix des termes employés par le juge MacGuigan, je pense qu'il est approprié de reformuler légèrement le critère de la norme de contrôle. Je saisirai l'occasion pour renverser l'ordre des propositions initiales pour la raison pratique que le juge doit logiquement d'abord trancher la question de savoir si les questions sont déterminantes pour l'issue de l'affaire. Ce n'est que quand elles ne le sont pas que le juge a effectivement besoin de se demander si les ordonnances sont clairement erronées. J'énoncerais le critère comme suit : « Le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants : a) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, b) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits. »

[22] Apotex et Novopharm allèguent dans le présent appel que je devrais examiner l'affaire *de novo* étant donné qu'une modification ayant pour effet de porter les dommages-intérêts demandés de 300 millions de dollars à 675 millions de dollars est tellement importante qu'elle touche directement au cœur de l'affaire. GSK affirme pour sa part que même si les chiffres sont plus élevés, leur fondement demeure le même et que, bien que les renseignements concrets relatifs au montant,

comme le niveau des prix, soient plus nombreux, la méthodologie et les circonstances pour le calcul sont les mêmes.

[23] Je suis convaincu qu'en l'espèce, GSK ne demande pas des modifications qui ajouteraient une importante nouvelle question ou élimineraient une autre question. Les modifications auraient pour effet d'accroître considérablement la valeur de la demande, mais ne modifieraient pas la demande elle-même ni son motif.

[24] Principalement, le protonotaire Lafrenière a dû établir si le motif de la modification demandée par GSK était suffisant, si le rejet demandé par *Apotex* reposait sur un motif suffisant ou si *Apotex et Novopharm* avaient démontré qu'elles subiraient un préjudice irréparable ou qu'il serait dans l'intérêt de la justice de rejeter la modification. À mon avis, je ne devrais pas examiner l'affaire *de novo*; je devrais plutôt l'examiner de façon à déterminer si une erreur de droit a été commise ou s'il y a eu erreur importante dans l'appréciation des faits pertinents. Je devrais toutefois ajouter que si je devais examiner l'affaire *de novo*, mes conclusions sur les éléments de preuve et le droit seraient les mêmes que celles du protonotaire.

IV. QUESTION EN LITIGE N^o 2

[25] Le protonotaire a-t-il mal apprécié les éléments de preuve?

[26] Je conviens que les éléments de preuve présentés par GSK en ce qui concerne la modification sont maigres. Ils se résument ni plus ni moins à ce qu'a affirmé l'un des membres de

l'équipe d'instruction de GSK, à savoir que l'équipe avait réfléchi à l'affaire et qu'elle a estimé, en fonction de certains des documents qui ont été présentés, qu'une demande plus élevée s'imposait. Cependant, cette personne a fait l'objet d'un contre-interrogatoire rigoureux, et Apotex a déposé des éléments de preuve de son propre expert, selon lequel les documents n'appuient pas une telle demande. Je dispose maintenant de la totalité de ces éléments de preuve.

[27] Je suis convaincu que le protonotaire a tenu compte de ces éléments de preuve et qu'il a pris en considération les documents pertinents. Je tiens à soulever deux points. D'abord, à cette étape, GSK n'a pas à démontrer le bien-fondé de sa cause de manière irréfutable, ni même selon la prépondérance des probabilités; elle doit seulement démontrer que sa cause est défendable. Ensuite, il y a amplement de temps pour poursuivre les interrogatoires préalables et permettre à Apotex et Novopharm de préparer leur réfutation. Aucun préjudice qui ne peut être réparé par des dépens n'a été démontré. Le protonotaire avait raison dans la détermination qu'il a faite aux paragraphes 41 et 42 de ses motifs, selon laquelle il était préférable que les questions soulevées par les modifications soient instruites en procès.

V. QUESTION EN LITIGE N° 3

[28] GSK a-t-il fourni une explication adéquate quant à la nécessité des modifications?

[29] Cette question est étroitement liée à la question n° 2 ci-dessus, et l'issue est la même.

VI. QUESTION EN LITIGE N° 4

[30] Les modifications constituent-elles une rétractation d'aveu?

[31] Apotex et Novopharm ont soulevé deux arguments à cet égard. Selon le premier, en précisant la somme demandée dans son énoncé des questions en litige, GSK a implicitement affirmé que cette somme (300 millions de dollars en l'espèce, suivant les modifications de 2005) représente le recouvrement maximal qu'elle peut demander. Je ne suis pas d'accord avec cet argument. L'acte de procédure est un énoncé de position de GSK et, comme je l'ai déjà mentionné, les cours ont autorisé la révision de tels énoncés. La situation n'est pas similaire à celle décrite dans l'arrêt *Merck*, précité, où Apotex cherchait à présenter une toute nouvelle défense contre les allégations de contrefaçon à une étape tardive de la procédure. Dans l'affaire *Merck*, Apotex avait affirmé qu'elle n'avait qu'un seul motif pour alléguer l'absence de contrefaçon et qu'elle n'avait pas été autorisée à présenter un deuxième motif très différent à une étape avancée de la procédure.

[32] Le deuxième argument soulevé est que l'un des principaux facteurs utilisés dans le calcul de la demande était le prix de vente proposé du médicament. Apotex et Novopharm affirment que lors de son interrogatoire, le représentant de GSK a indiqué que le prix était de 1,95 \$. La nouvelle demande est faite en fonction d'un prix qui aurait été aux alentours de 2,20 \$. Un examen des autres parties de la transcription de l'interrogatoire préalable révèle qu'aucun aveu contraignant relatif au prix de 1,95 \$ n'a été fait par GSK et qu'Apotex et Novopharm étaient bien au fait qu'un prix d'environ 2,20 \$ pouvait être revendiqué.

VII. QUESTION EN LITIGE N^o 5

[33] Apotex et Novopharm subiraient-elles un préjudice si les modifications étaient autorisées?

[34] Cette question est aussi étroitement liée, voire identique, aux questions n^{os} 2 et 3 ci-dessus. En ce qui concerne le préjudice irréparable, le fardeau de démontrer que le préjudice qu'elles subiraient ne pourrait pas être réparé par des dépens repose sur Apotex et Novopharm. Ces parties n'ont pas présenté d'éléments de preuve qui démontrent qu'elles subiraient un préjudice qui ne pourrait en aucun cas être réparé par des dépens. Les éléments de preuve fournis par M. Cole, l'expert d'Apotex, visent à démontrer que GSK n'avait aucun motif pour demander un montant plus élevé de dommages-intérêts, et ils ne démontrent pas qu'Apotex ou Novopharm subiraient un préjudice irréparable. Aucun des représentants de l'une ou l'autre des parties n'a présenté d'éléments de preuve démontrant le préjudice irréparable qui serait subi, le cas échéant.

VIII. QUESTION EN LITIGE N^o 6

[35] L'adjudication des dépens était-elle inadéquate?

[36] Sur cette question, mon point de vue ne diffère de celui du protonotaire que pour ce qui est de fixer les dépens au milieu de la colonne IV ou à tout autre niveau à l'heure actuelle. Je conviens que tous dépens relatifs à une préparation ou à des interrogatoires préalables supplémentaires devraient être payés par GSK, peu importe l'issue de la cause. Cependant, étant donné que la solidité ou la faiblesse des motifs des modifications ne peut pas être déterminée à l'heure actuelle, il serait approprié de laisser l'évaluation du montant des dépens, qu'il s'agisse d'une indemnisation complète, d'une somme établie conformément à la colonne IV ou d'une autre somme, au juge du procès.

IX. CONCLUSION

[37] L'appel est rejeté, sauf que le paragraphe 2 de l'ordonnance du protonotaire est modifié de façon à laisser la taxation des dépens au juge du procès.

[38] Étant donné l'issue du présent appel, GSK devrait voir ses dépens suivre l'issue de la cause.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. L'ordonnance du protonotaire Lafrenière datée du 3 février 2009 est modifiée par remplacement des mots « qui seront taxés conformément au milieu de la colonne IV du tarif B » par les mots « qui seront taxés conformément au montant fixé par le juge à la suite de l'instruction ».
2. L'appel est par ailleurs rejeté.
3. *The Wellcome Foundation Limited* et *Glaxo Wellcome Inc.* se voient adjuger des dépens à suivre l'issue de la cause pour le présent appel.

« Roger T. Hughes »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : T-3197-90, T-2624-91, T-2983-93

INTITULÉ :

ENTRE :

APOTEX INC. et NOVOPHARM LTD. ET THE
WELLCOME FOUNDATION LIMITED

ET ENTRE :

THE WELLCOME FOUNDATION LIMITED et
GLAXO WELLCOME INC. ET INTERPHARM INC.,
INTERPHARM INC. et APOTEX INC. et ALLEN
BARRY SHECHTMAN

ET ENTRE :

THE WELLCOME FOUNDATION LIMITED et
GLAXO WELLCOME INC. ET NOVOPHARM LTD.

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 21 SEPTEMBRE 2009

**MOTIFS DE
L'ORDONNANCE ET
ORDONNANCE** LE JUGE HUGHES

**DATE DES MOTIFS
ET DE L'ORDONNANCE :** Le 22 SEPTEMBRE 2009

COMPARUTIONS :

ANDREW BRODKIN
JULIE ROSENTHAL

POUR LA DEMANDERESSE
(APOTEX INC.)

MARY PATTERSON

POUR LA DEMANDERESSE
(NOVOPHARM LTD.)

PATRICK KIERANS
JANE CASKEY
AMY E. GRENON

POUR LA DÉFENDERESSE (THE
WELLCOME FOUNDATION LIMITED)

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

GOODMANS LLP
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LA DEMANDERESSE
(APOTEX INC.)

OSLER, HOSKIN & HARCOURT
S.E.N.C.R.L./s.r.l.
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LA DEMANDERESSE
(NOVOPHARM LTD.)

OGILVY RENAULT
S.E.N.C.R.L./s.r.l.
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE (THE
WELLCOME FOUNDATION LIMITED)