

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20200713

Dossier : T-1069-14

Référence : 2020 CF 759

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 13 juillet 2020

En présence de monsieur le juge Fothergill

ENTRE :

**JASON SWIST AND CRUDE SOLUTIONS
LTD.**

demandeurs

et

MEG ENERGY CORP

défenderesse

ORDONNANCE ET MOTIFS
(REQUÊTES EN PRODUCTION DE RAPPORTS D'EXPERT EN RÉPLIQUE)

I. Introduction

[1] Les demandeurs Jason Swist et Crude Solutions Ltd [Swist] revendiquent la propriété du brevet canadien n° 2,800,746, intitulé « Récupération de pétrole assistée par pression » [le brevet 746].

[2] La défenderesse MEG Energy Corp [MEG] exploite deux méthodes d'extraction de pétrole dans le cadre de son projet régional de Christina Lake en Alberta [Christina Lake]. MEG a donné à ces méthodes les noms suivants : procédé de drainage par gravité renforcé au moyen de vapeur et de gaz amélioré [eMSAGP] et extraction renforcée à la vapeur améliorée [eMVAPEX].

[3] Swist soutient que l'usage par MEG de l'eMSAGP et de l'eMVAPEX pour extraire du pétrole à Christina Lake constitue une contrefaçon des revendications 1 à 6 et 8 du brevet 746 [revendications invoquées].

[4] MEG nie la contrefaçon. Elle soutient aussi dans sa demande reconventionnelle que les revendications invoquées et le brevet 746 sont invalides dans leur intégralité.

[5] En décembre 2019, les parties ont échangé des rapports d'expert en preuve principale :

- a) Swist a déposé le rapport d'expert de M. Dale Walters, un ingénieur qui a modélisé l'élaboration du réservoir de Christina Lake ainsi que les cavités de vapeur durant ses activités. Selon cette modélisation, M. Walters donne son opinion en ce qui concerne l'utilisation de la pression dans les méthodes d'extraction de MEG [le rapport Walters en preuve principale].
- b) Swist a aussi déposé le rapport d'expert de M. Vikram Rao, un métallurgiste ayant une expertise en méthodes d'extraction du pétrole. M. Rao donne son opinion en ce qui concerne la façon dont la personne versée dans l'art interpréterait les revendications invoquées. Il interprète aussi la modélisation de M. Walters et exprime

son point de vue sur la question de savoir si l'utilisation par MEG d'eMSAGP et d'eMVAPEX contrefait les revendications invoquées [le rapport Rao en preuve principale].

- c) MEG a déposé le rapport d'expert de M. Bruce Carey, un évaluateur technique indépendant des processus de récupération d'hydrocarbures lourds en Alberta. M. Carey donne son opinion sur la façon dont la personne versée dans l'art interpréterait les revendications invoquées et sur les nombreux motifs d'invalidité avancés par MEG [le rapport Carey en preuve principale].
- d) MEG a aussi déposé le rapport d'expert de M. Ian Gates, un expert en génie pétrolier. M. Gates donne son opinion sur la façon dont la personne versée dans l'art interpréterait les revendications invoquées et sur les nombreux motifs d'invalidité avancés par MEG [le rapport Gates en preuve principale].

[6] Les parties ont échangé les rapports d'expert en réponse en février 2020.

- a) MEG a déposé le rapport d'expert en réplique de M. Thomas Boone, un ingénieur ayant une expertise dans l'industrie pétrolière. En plus de répondre au rapport Rao en preuve principale et au rapport Walters en preuve principale, M. Boone donne son opinion sur les méthodes d'extraction de pétrole à Christina Lake [la réponse Boone].
- b) MEG a aussi déposé le rapport d'expert en réplique de M. Gates [la réponse Gates].
- c) Swist a déposé le rapport d'expert en réplique de M. Rao [la réponse Rao].

[7] Swist et MEG demandent maintenant à la Cour de permettre le dépôt d'autres rapports d'expert en réplique :

- a) Swist propose de soumettre les rapports d'expert en réplique de M. Walters [la réplique Walters] et de M. Rao [la réplique Rao].

- b) Meg propose de soumettre les rapports d'expert en réplique de M. Carey [la réplique Carey] et de M. Gates [la réplique Gates].

[8] Chaque partie s'oppose aux rapports d'expert proposés par l'autre partie en réplique. Swist s'oppose à l'intégralité de la réplique Gates, mais elle reconnaît que la majeure partie de la réplique Carey est appropriée. MEG s'oppose à la réplique Walters et à la réplique Rao dans leur intégralité.

II. Principes généraux

[9] Le droit régissant l'admissibilité de la contre-preuve est bien établi (*Janssen Inc c Teva Canada Limited*, 2019 CF 1309 [*Janssen*], aux par. 16 et 17, citant *Halford c Seed Hawk Inc*, [2003] CFPI no 141 (1^{re} inst.), au par. 15) :

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.

4. J'ajoute un autre principe à ceux que je viens d'exposer. Le tribunal acceptera d'examiner la preuve qui est exclue parce qu'elle aurait dû être présentée dans le cadre de la preuve principale, pour déterminer s'il doit admettre cette preuve en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[10] Dans *Rosenstein c Atlantic Engraving Ltd*, 2002 CAF 503, aux paragraphes 8 et 9, la Cour d'appel fédérale a indiqué les quatre exigences qui doivent être respectées avant que la Cour autorise les parties à produire des affidavits supplémentaires au titre des articles 306 et 307 et de l'alinéa 312a) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. Le juge Russel Zinn a décrit ce critère dans *Merck-Frosst c Canada (Santé)*, 2009 CF 914 [Merck-Frosst], au paragraphe 10 :

- (i) ces éléments de preuve serviront-ils les intérêts de la justice?
- (ii) ces éléments de preuve aideront-ils la Cour à trancher la question sur le fond?
- (iii) l'accueil de la requête causera-t-il un préjudice grave ou substantiel à la partie adverse?
- (iv) les éléments de la contre-preuve étaient-ils disponibles et (ou) était-il possible d'en prévoir la pertinence à une date antérieure?

[11] D'autres considérations pertinentes comprennent la pertinence de la preuve contestée dans le contexte de l'affaire (*Abbott Laboratories c Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 823, au par. 26); la question de savoir si elle retardera indûment l'instance (*Janssen-Ortho Inc c Apotex Inc*, 2010 CF 81, au par. 33); et la reconnaissance du fait qu'on ne peut pas s'attendre à ce que les parties prévoient chaque argument (*Takeda Canada Inc c Canada (Santé)*,

2014 CarswellNat 8773, aux par. 7 et 8). La Cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'admettre la preuve et pondère les facteurs différemment au cas par cas (*Solvay Pharma Inc c Apotex Inc*, 2007 CF 913, aux par. 9 à 12).

[12] Comme le juge Sébastien Grammond l'a fait observer dans *Bauer Hockey Ltd c Sport Maska Inc*, 2020 CF 212 [*Bauer*], au par. 16 :

Avant d'appliquer ces principes à la situation en litige, j'ajouterais simplement que les parties ne devraient pas déposer ce type de requête simplement pour souligner les lacunes perçues dans la preuve d'expert de la partie adverse. Ces lacunes peuvent être examinées au cours du contre-interrogatoire ou mises en évidence dans les arguments. Les requêtes inutiles ne font qu'entraver le règlement efficace de l'affaire.

[13] Les requêtes en production des rapports d'expert en réplique ont été entendues pendant sept jours ouvrables avant la date prévue du commencement du procès. Une difficulté importante pour déterminer le bien-fondé des rapports d'expert proposés en réplique avant un procès est que le juge de première instance n'a pas encore eu la possibilité d'entendre le témoignage des témoins experts. Le juge de première instance a simplement pu consulter les rapports d'expert écrits en preuve principale et en réponse et les rapports proposés en réplique. Dans un cas comme celui en l'espèce, lorsque les rapports d'expert sont longs et techniques, il peut être difficile d'évaluer à l'avance si une réplique proposée répète la preuve déjà fournie, exprime simplement un désaccord par rapport à une opinion fournie par un autre expert ou aborde véritablement une nouvelle question qui n'aurait pas pu être raisonnablement prévue.

[14] Comme l'a déclaré le juge Michael Manson dans *Janssen* (au par. 57) :

La Cour ne peut permettre la scission de preuve ou la présentation d'une contre-preuve irrégulière qui vise à renforcer la preuve principale d'une partie ou à réfuter simplement la preuve d'une partie adverse, compte tenu surtout du « changement de culture au sujet des litiges prescrit par la Cour suprême du Canada dans la décision *Hryniak c. Maudlin*, 2014 CSC 7 » (*Amgen*, au par. 24).

[15] Malheureusement, dans l'analyse qui suit, je conclus que la majeure partie de la preuve d'expert que les parties souhaitent déposer en réplique répète des opinions déjà exprimées, tente de clarifier de mauvaises interprétations, exprime simplement un désaccord avec les experts de la partie adverse ou porte sur des questions qui auraient dû être prévues et abordées dans les rapports en réponse. Une partie de la preuve d'expert proposée en réplique soulève également le risque de la scission de la preuve.

[16] Étant donné le temps limité dont on dispose, l'extraordinaire longueur des rapports d'expert, la nature technique de la preuve et mon rôle de gardien tel qu'il est décrit dans *Hryniak*, il est possible que j'aie dépeint la situation d'une façon trop générale. Je demeure disposé à examiner de nouveau la portée de la contre-preuve à mesure que le procès se déroulera et si les circonstances le justifient.

III. Analyse

A. *La réplique Walters (Swist)*

[17] La réplique Walters est composée de 137 paragraphes et comprend de nombreux appendices. Elle n'est pas du tout succincte (voir les commentaires du protonotaire Kevin Aalto dans *Allergan Inc c Canada (Santé)*, 2013 CF 1165, au par. 23).

[18] À la section A, paragraphes 7 à 11, la réplique Walters conteste la réponse Boone et l'opinion de M. Boone selon laquelle [TRADUCTION] « le seuil de mobilité pour le bitume de Christina Lake », c.-à-d. le point auquel le bitume chaud dans les zones adjacentes entre en contact. En particulier, M. Walters conteste le recours de M. Boone à son expérience sur un autre site de projet de récupération d'hydrocarbures pour tirer des conclusions sur la mobilité du bitume à Christina Lake. Rien n'empêche de traiter de cette question efficacement en contre-interrogatoire. Il s'agit donc d'une réplique inappropriée.

[19] Les sections B à D de la réplique Walters, aux paragraphes 12 à 44, contestent l'analyse par M. Boone du terme [TRADUCTION] « communication » et sa division de la communication en trois types distincts : [TRADUCTION] « thermique », [TRADUCTION] « pression » et [TRADUCTION] « fluide ». M. Walters conteste également le recours de M. Boone aux données [TRADUCTION] « sismiques quadridimensionnelles », puisqu'elles concernent la communication thermique. La communication entre ces différents types est clairement présentée dans les rapports d'expert de MEG en preuve principale (voir le rapport Carey en preuve principale aux par. 18e) et 43, et le rapport Gates en preuve principale, aux par. 15e) et 119). De plus, MEG a présenté à Swist les données sismiques qu'elle invoquait avant que cette dernière présente ses rapports d'experts en preuve principale. Ces éléments auraient donc pu être prévus et abordés pendant l'interrogatoire principal ou – lorsqu'ils ont figuré dans les rapports de MEG en preuve

principale – en réponse. Dans la mesure où les sections B à D de la réplique Walters abordaient la preuve en réponse qui n'aurait pas pu être prévue, elles ne font que réfuter ou rejeter l'analyse de M. Boone et il s'agit d'une réplique inappropriée.

[20] Les sections E à M de la réplique Walters, aux paragraphes 45 à 137, représentent aussi un simple désagrément relativement aux rapports en réplique de MEG ou visent à améliorer et à clarifier les rapports produits par Swist à titre de preuve principale. Les neuf autres sections portent sur [TRADUCTION] « les erreurs dans les formules » et [TRADUCTION] « les erreurs dans l'analyse » (section E); [TRADUCTION] « [...] l'absence de qualification détaillée par MEG de son propre réservoir » (section F); et [TRADUCTION] « la réponse », [TRADUCTION] « les critiques » et [TRADUCTION] « les variables incorrectes » ainsi que d'autres désaccords généraux quant aux critiques adressées par M. Boone et M. Gates à l'égard du rapport Walters en preuve principale (sections G à M). Comme MEG le fait remarquer, il s'agit de [TRADUCTION] « critiques de critiques » qui outrepassent les limites acceptables de la contre-preuve et elles ne font [TRADUCTION] « que réfuter ou rejeter » une opinion (voir, p. ex. *Janssen*, aux par. 28, 32 et 33, 42, 46 et 47 et 51). Elles aussi constituent une réplique inappropriée.

[21] La requête de Swist en vue de produire la réplique Walters est donc rejetée dans son intégralité.

B. *La réplique Rao (Swist)*

[22] À la section A de la réplique Rao, aux paragraphes 3 à 10, M. Rao exprime son désaccord avec la position énoncée dans la réponse Gates quant à l'interprétation de l'expression [TRADUCTION] « zone de mobilité accrue » de la revendication. Il ne s'agit que d'un simple désaccord, et donc d'une réplique inappropriée.

[23] La section B, aux paragraphes 11 à 17, conteste les niveaux de récupération par MEG de [TRADUCTION] « l'estimation de la fusion des cavités de vapeur » et en particulier l'exactitude des observations formulées par MEG devant l'Alberta Energy Regulator. MEG a fourni ces observations à Swist en même temps que toutes ses autres données sur le processus. M. Rao, dans son rapport en preuve principale, a invoqué les observations de MEG. MEG n'a pas invoqué de nouveaux documents. Swist aurait pu prévoir la nécessité d'examiner et d'évaluer l'exactitude des données de MEG en preuve principale ou en réponse. Par ailleurs, ces sections ne font que réfuter une opinion ou exprimer un désaccord quant à une opinion, ou constituent une tentative d'améliorer le rapport Rao en preuve principale en insistant de nouveau sur l'estimation des niveaux de récupération avancés par M. Rao dans son premier rapport. Il est préférable d'aborder toute préoccupation sur l'exactitude des documents de MEG, s'ils sont contestés, en contre-interrogatoire.

[24] La section C de la réplique Rao, aux paragraphes 18 à 23, tente de préciser une mauvaise interprétation. M. Rao déclare (au par. 20) : [TRADUCTION] « À mon avis, les deux experts ont mal énoncé mon opinion sur l'interprétation de l'“influence” ». Il est préférable d'aborder ce sujet en contre-interrogatoire.

[25] Les sections D à F, aux paragraphes 24 à 31, portent sur le sens de [TRADUCTION] « communication », de manière semblable aux sections B à D de la réplique Walters. Pour les motifs énoncés ci-dessus, cela aurait dû être prévu et il s'agit d'une réplique inappropriée.

[26] La section G, aux paragraphes 32 à 36, ne fait que réfuter une opinion ou tente de clarifier une mauvaise interprétation. Elle semble aussi améliorer le rapport Rao en preuve principale, indiquant : [TRADUCTION] « Rien dans les critiques de M. Gates [...] ne modifie les conclusions indiquées dans mon rapport original ». Il s'agit d'une réplique inappropriée.

[27] La requête de Swist en vue de produire la réplique Rao est donc rejetée dans son intégralité.

C. *La réplique Carey (MEG)*

[28] La section C(a) au paragraphe 5 (aussi résumée à la section B au paragraphe 3a)), de la réplique Carey ne fait qu'exprimer un simple désaccord avec l'opinion exprimée dans la réponse Rao. Rien ne donne à penser que la réponse Rao soulève une nouvelle question. Il s'agit d'une réplique inappropriée.

[29] Swist ne s'oppose pas à la section C(b) de la réplique Carey (aux par. 6 et 7), sauf pour l'expression [TRADUCTION] « pour les raisons que j'ai expliquées auparavant [...] », au motif qu'il s'agit d'une preuve qui ne sert qu'à corroborer une preuve déjà soumise à la Cour.

L'observation est juste; toutefois, le renvoi précis au rapport Carey en preuve principale est utile et non préjudiciable dans ce contexte.

[30] Swist ne s'oppose pas à la section C(c), paragraphes 8 à 28, de la réplique Carey, à l'exception des paragraphes 15 et 16 et d'une phrase au paragraphe 28. Je reconnais que les extraits auxquels Swist s'oppose énoncent de nouveau des opinions déjà exprimées dans le rapport Carey en preuve principale et qu'ils ne font qu'exprimer un désaccord envers l'opinion de M. Rao. Par ailleurs, cette section de la réplique Carey n'est pas admissible, dans la mesure où elle porte sur l'état antérieur de la technique qui a été introduit en preuve pour la première fois dans les rapports d'expert en réponse de Swist.

[31] La section C(d) de la réplique Carey, aux paragraphes 29 à 32 (aussi résumée à la section B au paragraphe 3c)), ne fait qu'exprimer un désaccord ou tente de clarifier de mauvaises interprétations. Il s'agit d'une réplique inappropriée.

[32] Les sections C(b) et (c) de la réplique Carey peuvent donc être admises en tant que contre-preuve, à l'exception des paragraphes 15 et 16 et de la phrase indiquée au paragraphe 28. La requête en vue de produire le reste de la réplique Carey est rejetée.

D. *La réplique Gates (MEG)*

[33] La section C(a), aux paragraphes 5 à 22, de la réplique Gates aborde ce qu'elle désigne comme des faiblesses dans l'analyse par M. Rao de l'état antérieur de la technique. Elle ne fait qu'exprimer un désaccord et constitue une réplique inappropriée.

[34] Les sections D et E, aux paragraphes 23 à 32, tentent de clarifier une mauvaise interprétation. Au paragraphe 24, M. Gates exprime son rejet de [TRADUCTION] « la déclaration de M. Rao et de la description de mon énoncé ». M. Gates rejette également la façon dont M. Rao qualifie son illustration de [TRADUCTION] « procédure par étape » dans un élément d'état antérieur de la technique appelé « Cyr » par les parties. M. Gates en discute en long et en large dans son rapport en preuve principale. Il s'agit d'une réplique inappropriée.

[35] La section F, aux paragraphes 33 à 37, peut constituer une réplique appropriée. Le rapport Gates en preuve principale aborde les concepts inventifs des revendications du brevet 746 (aux paragraphes 328 à 331 et 371 à 380). Dans sa réponse, M. Rao conteste l'opinion de M. Gates. MEG soutient que la réponse Rao n'est pas conforme au rapport Rao en preuve principale. Il est difficile de bien comprendre cet argument dans une requête sommaire déposée avant le procès, mais dans la mesure où M. Rao avance des points de vue incompatibles, je reconnais que MEG ne pouvait pas le prévoir.

[36] La section F, aux paragraphes 33 à 37, peut être produite, à titre de réplique. La requête en vue de présenter le reste de la réplique Gates est rejetée.

IV. Conclusion

[37] La requête de Swist en vue de produire la réplique Walters est rejetée dans son intégralité.

[38] La requête de Swist en vue de produire la réplique Rao est rejetée dans son intégralité.

[39] Les sections C(b) et (c) de la réplique Carey, à l'exception des paragraphes 15 et 16 et de la phrase indiquée au paragraphe 28, peuvent être admises en tant que contre-preuve. La requête de MEG en vue de produire le reste de la réplique Carey est rejetée.

[40] La section F, aux paragraphes 33 à 37, de la réplique Gates peut être déposée à titre de contre-preuve. La requête de MEG en vue de produire le reste de la réplique Gates est rejetée.

[41] La portée des témoignages d'expert permis en réplique peut être revue au fur et à mesure du déroulement du procès, si les circonstances le justifient.

[42] Aucuns dépens ne sont adjugés.

ORDONNANCE DANS T-1069-14

LA COUR ORDONNE :

1. La requête de Swist en vue de produire la réplique Walters est rejetée dans son intégralité.
2. La requête de Swist en vue de produire la réplique Rao est rejetée dans son intégralité.
3. Les sections C(b) et (c) de la réplique Carey, à l'exception des paragraphes 15 et 16 et de la phrase indiquée au paragraphe 28, peuvent être admises en tant que contre-preuve. La requête de MEG en vue de produire le reste de la réplique Carey est rejetée.
4. La section F, aux paragraphes 33 à 37, de la réplique Gates peut être produite à titre de contre-preuve. La requête de MEG en vue de produire le reste de la réplique Gates est rejetée.
5. La portée des témoignages d'expert permis en réplique peut être revue à mesure du déroulement du procès si les circonstances le justifient.
6. Aucuns dépens ne sont adjugés.

« Simon Fothergill »

Juge

M. Deslippes

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1069-14

INTITULÉ : JASON SWIST ET CRUDE SOLUTIONS LTD. c MEG ENERGY CORP

LIEU DE L'AUDIENCE : PAR VIDÉOCONFÉRENCE ENTRE CALGARY (ALBERTA), TORONTO (ONTARIO) ET OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 8 JUILLET 2020

ORDONNANCE ET MOTIFS (REQUÊTES EN PRODUCTION DE RAPPORTS D'EXPERT EN RÉPLIQUE) : LE JUGE FOTHERGILL

DATE DES MOTIFS : LE 13 JUILLET 2020

COMPARUTIONS :

Andrew Moeser
Kevin Siu
Thomas Dumigan
POUR LES DEMANDEURS

James S.S. Holtom
Kendra Levasseur
Timothy St. J. Ellam
POUR LA DÉFENDERESSE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gilbert's LLP
Toronto (Ontario)
POUR LES DEMANDEURS

McCarthy Tétrault LLP
Avocats
Calgary (Alberta)
POUR LA DÉFENDERESSE