

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20240229

**Dossiers : T-1484-22
T-1607-22**

Référence : 2024 CF 344

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 29 février 2024

En présence de monsieur le juge Fothergill

ENTRE :

**GILEAD SCIENCES, INC. et
GILEAD SCIENCES CANADA, INC.**

demandereses/requérantes

et

JAMP PHARMA CORPORATION

défenderesse/intimée

ORDONNANCE ET MOTIFS
(REQUÊTES EN RADIATION D'UNE PREUVE D'EXPERT
EN RÉPONSE ET EN AUTORISATION
DE DÉPOSER UNE PREUVE D'EXPERT EN RÉPLIQUE)

I. Introduction

[1] Les demanderesse, Gilead Sciences, Inc. et Gilead Sciences Canada, Inc. [collectivement appelées Gilead], revendiquent la propriété du brevet canadien n° 2,845,553 intitulé « Hémifumarate de ténofovir alafénamide » [le brevet 553] ainsi que du brevet n° 2,990,210 intitulé « Formulations pharmaceutiques comprenant du ténofovir et de l'emtricitabine » [le brevet 210].

[2] La défenderesse JAMP Pharma Corporation [JAMP] a mis au point un produit contenant l'ingrédient médicinal appelé « hémifumarate de ténofovir alafénamide ». Dans les actions sous-jacentes, Gilead sollicite des déclarations de contrefaçon du brevet 553 et du brevet 210 en vertu du paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 [le Règlement], de même qu'une injonction. JAMP nie avoir contrefait le brevet 210 et allègue que le brevet 553 et le brevet 210 sont tous deux invalides.

[3] Le 27 septembre 2023, Gilead a signifié ses rapports d'expert portant sur la contrefaçon des brevets 553 et 210. Le même jour, JAMP a signifié ses rapports d'expert portant sur la contrefaçon et l'invalidité.

[4] Les rapports d'expert qui suivent sont pertinents en l'espèce :

- a) le rapport de M. [REDACTED], témoin expert de Gilead, qui porte sur la personne versée dans l'art [la PVA], les connaissances générales courantes concernant le brevet 553 et la contrefaçon par le produit de JAMP;
- b) le rapport de M. [REDACTED], témoin expert de Gilead, qui porte sur le contexte pertinent en matière de chimie, la PVA, les connaissances générales courantes concernant le brevet 553, l'interprétation des revendications et la contrefaçon par le produit de JAMP;
- c) le rapport de M. [REDACTED], témoin expert de Gilead, qui porte sur le contexte pertinent en matière de formes posologiques et de formulation, la PVA, les connaissances générales courantes concernant le brevet 210 et l'interprétation des revendications;
- d) le rapport de M. [REDACTED], témoin expert de JAMP, qui porte sur la PVA, les connaissances générales courantes concernant le brevet 553 et l'invalidité;
- e) le rapport de M. [REDACTED], témoin expert de JAMP, qui porte sur PVA, les connaissances générales courantes concernant le brevet 210, le sens de certains termes que comporte le brevet 210 et l'invalidité.

[5] Le 19 décembre 2023, avant d'échanger des rapports d'expert en réponse, les parties ont conclu une stipulation et entente [REDACTED]

Aux termes de cette stipulation :

[6] La note de bas de page n° 4 de la stipulation prévoyait ceci :

[REDACTED]

[7] Les parties ont signifié leur rapport d'expert en réponse le 3 janvier 2024. Les rapports suivants, déposés par JAMP, sont pertinents en l'espèce :

- a) le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED], qui porte sur les rapports d'expert de MM. [REDACTED] et [REDACTED];
- b) le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED], qui porte sur le rapport d'expert de M. [REDACTED] et qui inclut des commentaires supplémentaires sur la contrefaçon.

[8] Selon Gilead, la réponse de M. [REDACTED] a) équivaut à une scission de preuve irrégulière, b) ne répond pas aux éléments de preuve, compte tenu de la stipulation, et c) lui portera préjudice. Gilead soutient que la réponse de M. [REDACTED] a) équivaut à une scission de preuve

irrégulière, et b) constitue un simple désaccord, dont il est préférable de traiter en contre-interrogatoire au procès.

[9] Advenant que la Cour ne soit pas disposée à radier les passages contestés du rapport en réponse de M. [REDACTED], Gilead demande l'autorisation de déposer en réplique un rapport d'expert de M. [REDACTED]

II. Principes généraux

[10] L'admissibilité des rapports d'expert produits en réponse doit être tranchée conformément aux principes directeurs suivants (*Chemin de fer Canadien Pacifique c Canada*, 2020 CF 690 [*Canadien Pacifique*] au para 34) :

- i. Les demandeurs ne sont pas obligés de produire une preuve d'expert initiale sur une question dont le fardeau de la preuve incombe au défendeur; toutefois, si le demandeur choisit de le faire, il doit épuiser tous les éléments de preuve sur la question, sans quoi la preuve sera scindée.
- ii. La notion de preuve « en réponse » ou de réfutation ne doit pas être appliquée de manière si restreinte que l'expert qui fournit la réponse doit accepter la façon dont l'expert initial a défini la question; un rapport en réponse peut aussi inclure des renseignements contextuels et accessoires et ne doit pas être lié textuellement au rapport de l'expert initial. L'équité est maintenue grâce à la possibilité de fournir un rapport en réplique (ou en contre-réfutation).
- iii. Néanmoins, à certaines occasions, la réfutation (en tout ou en partie) ne répond pas à l'opinion initiale et aborde des aspects qui ne constituent pas une réponse, dépassant ainsi son domaine approprié et, en conséquence, l'ensemble ou une partie du rapport pourrait être jugé inadmissible;

- iv. La Cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'admettre toute section non conforme du rapport d'expert en réponse, en tenant compte de tout préjudice qui en découlera pour l'autre partie.

[11] Le traitement des éléments de preuve en réplique est différent de celui des éléments de preuve en réponse. Le stade ultérieur de leur réception, en plus de la règle interdisant la scission de la preuve, signifie que les règles qui régissent les éléments de preuve en réplique sont plus contraignantes que celles qui s'appliquent aux éléments de preuve en réponse (*Canadien Pacifique*, au para 31).

III. Analyse

A. *Le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED]*

[12] Gilead objecte que le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED] : a) équivaut à une scission de preuve irrégulière, b) ne répond pas aux éléments de preuve, compte tenu de la stipulation, et c) lui portera préjudice.

[13] JAMP signale que les témoins experts sont censés relever les points d'accord ou de désaccord au moyen d'experts des deux parties. Je conviens avec JAMP que le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED] réitère son point de vue précédent ou offre des opinions

[TRADUCTION] « nouvelles » dans le présent contexte. Cela n'équivaut pas à une scission de preuve ou au fait d'« aborde[r] des aspects qui ne constituent pas une réponse ».

[14] Gilead affirme que plusieurs paragraphes du rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED] servent « uniquement à corroborer une preuve déjà soumise ». Elle se fonde sur la décision *Merck-Frosst c Canada (Santé)*, 2009 CF 914, au paragraphe 23, qui avait trait à des éléments de preuve en réplique plutôt qu'à des éléments de preuve en réponse. Il ne faudrait pas confondre les deux (*Bauer Hockey Ltd c Sport Masko Inc*, 2020 CF 212 au para 33). Gilead n'a pas établi que la preuve corroborante, qui, dans le pire des cas, est répétitive et redondante, lui causera un préjudice quelconque.

[15] Les parties ont convenu dans la stipulation que Gilead [REDACTED] [REDACTED]. Gilead soutient donc que les commentaires que fait M. [REDACTED], au paragraphe 32 de son rapport en réponse, relativement à ces revendications, sont inadmissibles. Il se dégage d'un bref examen de ce paragraphe qu'il est axé sur [REDACTED] [REDACTED]. Gilead n'a pas fait la preuve de l'existence d'un préjudice.

[16] Le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED] sera donc admis, et Gilead conserve le droit de traiter de questions de pertinence dans ses conclusions finales.

B. *Le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED]*

[17] Gilead objecte que le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED] : a) équivaut à une scission de preuve irrégulière, et b) constitue un simple désaccord dont il est préférable de traiter en contre-interrogatoire au procès.

[18] Selon Gilead, le premier rapport de M. [REDACTED] portait sur la compréhension qu'avait la PVA de certains termes choisis par les avocats. Il n'a pas interprété les revendications du brevet 210, pas plus qu'il ne lui a été demandé de relever les éléments essentiels de l'une quelconque des revendications. Aucun des termes qu'il a été demandé à M. [REDACTED] d'examiner dans son premier rapport n'est lié à [REDACTED], pas plus qu'il n'a fait part d'une opinion sur la compréhension qu'a la PVA de [REDACTED], relativement à l'une quelconque des revendications.

[19] Gilead dit que M. [REDACTED], dans son rapport en réponse, formule de nouvelles opinions sur le sens des revendications et, plus particulièrement, que [REDACTED] et le produit de JAMP ne contrevient donc pas à ces revendications.

[20] JAMP signale que Gilead cherche à faire radier la majeure partie de l'opinion de M. [REDACTED] sur la contrefaçon, ce qui la priverait de toute possibilité d'y répondre. Il est contraire à l'intérêt de la justice de trancher une question litigieuse à partir des éléments de preuve d'une seule partie. Selon JAMP, M. [REDACTED] n'aurait pas pu anticiper l'opinion de M. [REDACTED] sur la contrefaçon, et on ne peut pas dire équitablement que son rapport a pour effet de scinder la preuve.

[21] JAMP affirme que M. [REDACTED], lorsqu'il a établi son premier rapport, était au courant des indications figurant dans le projet de monographie de produit de JAMP et qu'il savait à l'époque que le produit de JAMP était [REDACTED]. JAMP conteste donc

l'affirmation de Gilead selon laquelle M. [REDACTED] n'aurait pas pu anticiper la position de JAMP selon laquelle son produit ne contreferait pas des revendications qui

[REDACTED].

[22] JAMP fait valoir qu'il n'y a pas lieu d'autoriser le projet de rapport en réplique de M. [REDACTED] parce qu'il n'équivaut qu'à un simple désaccord et qu'il porte sur des questions qui auraient dû être anticipées dans le premier rapport de M. [REDACTED]. Le projet de réplique ne satisfait donc pas aux principes bien établis qui s'appliquent à l'admission d'une preuve d'expert en réplique (*Janssen Inc. c Teva Canada Limited*, 2019 CF 1309 aux para 16-17 [*Janssen*], citant *Halford c Seed Hawk Inc.*, 2003 CFPI 141 (CFPI) au para 15).

[23] Les présentes requêtes n'ont été déposées qu'une semaine à peine avant le début du procès. Des [TRADUCTION] « exemplaires à titre gracieux » des rapports d'expert complets, tous longs et complexes, ont été fournis par la suite. Les rapports visés par les présentes requêtes ont été livrés au début de janvier 2024. Rien ne saurait excuser le fait que l'on attende la veille du procès pour déposer des requêtes contestées de cette nature, ce qui a nettement restreint la possibilité qu'a la Cour de procéder à une analyse raisonnée.

[24] Il est impossible dans le temps restreint dont on dispose de se faire une idée complète des arguments des parties sur le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED] ou des 106 paragraphes qui sont en litige. Il semble clair que M. [REDACTED] avance de nouvelles opinions à propos du sens de certaines revendications du brevet 210. Ce qui est moins clair c'est s'il aurait fallu que M. [REDACTED] anticipe ces opinions ou qu'il en traite au moment d'établir son premier rapport.

[25] Bien que j'aie quelques réserves quant au fait d'admettre le projet de rapport en réplique de M. [REDACTED], je conclus qu'il est dans l'intérêt de l'équité du procès de le faire. JAMP n'a pas affirmé que le projet de réplique lui causera indûment préjudice; juste que la réplique n'est pas conforme aux critères énoncés dans la décision *Janssen*.

[26] Les critères énoncés dans la décision *Janssen* au sujet de l'admission d'une preuve d'expert en réplique ne sont pas exhaustifs. Il existe d'autres facteurs pertinents : la pertinence des éléments de preuve contestés à l'égard de l'affaire (*Abbott Laboratories c Canada (Santé)*, 2006 CF 823 au para 26), le fait de savoir si cela retardera indûment l'instance (*Janssen-Ortho Inc c Apotex Inc*, 2010 CF 81 au para 33), et la reconnaissance du fait qu'on ne peut pas s'attendre à ce que les parties anticipent le moindre argument (*Takeda Canada Inc c Canada (Santé)*, 2014 CarswellNat 8773 aux para 7-8). La Cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve et de soupeser les facteurs de manière différente au cas par cas (*Solvay Pharma Inc. c Apotex Inc.*, 2007 CF 913 aux para 9-12).

[27] En fin de compte, le rapport d'expert en réponse de M. [REDACTED] sera admis. Le bref rapport en réplique de M. [REDACTED] le sera lui aussi. Les deux parties conservent le droit de traiter de questions de pertinence dans leurs conclusions finales.

IV. Conclusion

[28] Les requêtes de Gilead en vue de faire radier les rapports d'expert en réponse de MM. [REDACTED] et [REDACTED] sont rejetées. La demande de Gilead, à titre subsidiaire, qui vise à faire admettre le rapport d'expert en réplique de M. [REDACTED], est accueillie.

[29] Vu le succès partagé des présentes requêtes, aucune ordonnance ne sera rendue quant aux dépens.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. Les requêtes de Gilead en vue de faire radier les rapports d'expert en réponse de MM. [REDACTED] et [REDACTED] sont rejetées.

2. La demande de Gilead, à titre subsidiaire, en vue de faire admettre le rapport d'expert en réplique de M. [REDACTED], est accueillie.

3. Aucuns dépens ne sont adjugés.

« Simon Fothergill »

Juge

Traduction certifiée conforme
Claude Leclerc

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : T-1484-22
T-1607-22

INTITULÉ : GILEAD SCIENCES, INC. et GILEAD SCIENCES
CANADA, INC. c JAMP PHARMA
CORPORATION

**REQUÊTES EN RADIATION D'UNE PREUVE D'EXPERT
EN RÉPONSE ET EN AUTORISATION
DE DÉPOSER UNE PREUVE D'EXPERT EN RÉPLIQUE**

ORDONNANCE ET MOTIFS : LE JUGE FOTHERGILL

DATE DES MOTIFS : LE 29 FÉVRIER 2024

OBSERVATIONS ÉCRITES PAR :

Jordana Sanft

POUR LES DEMANDERESSES/
REQUÉRANTES

Warren Sprigings
Mingquan Zhang
Alexandre Lavoie

POUR LA DÉFENDERESSE/
INTIMÉE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Lenczner Slaght LLP
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDERESSES/
REQUÉRANTES

Sprigings Intellectual Property
Law
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE/
INTIMÉE