

Date : 20070503

Dossier : T-1100-97

Référence : 2007 CF 477

Ottawa (Ontario), le 3 mai 2007

EN PRÉSENCE DE MONSIEUR LE JUGE BLAIS

ENTRE :

**ELI LILLY AND COMPANY et
ELI LILLY CANADA INC.**

demandereses

et

APOTEX INC.

défenderesse

ET ENTRE :

APOTEX INC.

demanderesse reconventionnelle

et

**ELI LILLY AND COMPANY et
ELI LILLY CANADA INC.**

défenderesses reconventionnelles

et

NOVOPHARM LTD

défenderesse reconventionnelle

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

[1] Il s'agit d'une requête présentée par les demandereses et défenderesses reconventionnelles

Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (les requérantes) visant à obtenir une ordonnance

annulant les parties de l'ordonnance du 18 janvier 2007 dans laquelle la protonotaire Aronovitch (l'ordonnance) a enjoint aux requérantes de répondre à certaines questions figurant à l'annexe A de ladite ordonnance.

LE CONTEXTE

[2] La présente procédure s'inscrit dans le contexte d'une poursuite que les requérantes ont intentée en 1997 contre Apotex Inc. pour contrefaçon de leur brevet concernant la nizatidine. Dans sa défense, Apotex Inc. a allégué que la nizatidine qu'elle produisait et vendait était fabriquée au moyen d'un processus qui ne constitue pas une contrefaçon ou était de la nizatidine fabriquée sous une licence obligatoire détenue par la défenderesse reconventionnelle Novapharm Ltd. (l'intimée) et que l'entente intervenue entre l'intimée et Apotex Inc. exigeait que l'intimée fournisse à Apotex Inc. de la nizatidine importée en vertu de la licence obligatoire. Apotex Inc. a également présenté une demande reconventionnelle contre les requérantes et l'intimée en soutenant qu'il y avait eu complot, ce qui contrevient à la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34.

[3] Bien que les requérantes et l'intimée soient codéfenderesses dans la demande reconventionnelle, elles ont des intérêts opposés sur la question de la résiliation de la licence obligatoire. Les requérantes ont rejeté l'allégation de complot, en précisant que la licence obligatoire octroyée à l'intimée a été résiliée. L'intimée a également rejeté l'allégation de complot, mais maintient que la licence obligatoire est valide et en vigueur.

[4] Comme les requérantes et l'intimée ont des intérêts opposés sur la question de la licence obligatoire et de sa prétendue résiliation, il a été convenu que l'interrogatoire préalable se limiterait à cette question.

[5] L'ordonnance dont il est interjeté appel dans la présente requête a été rendue à la suite d'une requête présentée par l'intimée afin d'obtenir des réponses à certaines questions auxquelles les requérantes ont refusé de répondre pendant leur interrogatoire préalable par l'intimée ou ont différé leurs réponses. La protonotaire Aronovitch, qui a entendu la requête de l'intimée visant à obtenir des réponses, est également la protonotaire responsable de la gestion de l'instance.

LA QUESTION À EXAMINER

[6] La question à examiner dans la présente requête est essentiellement celle de savoir si la protonotaire a manifestement commis une erreur en décidant que les questions en cause dans le présent appel étaient pertinentes et exigeaient une réponse.

LA NORME DE CONTRÔLE

[7] Comme l'a précisé la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Merck & Co. et al. c. Apotex Inc.* (2003), 30 C.P.R. (4th) 40 (C.A.F.), au paragraphe 19 :

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.

[8] En l'espèce, il n'est pas allégué que les questions ont une influence déterminante sur l'issue du principal, mais seulement que l'ordonnance rendue était entachée d'erreur flagrante. Comme l'a expliqué le juge Mark MacGuigan dans l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), au paragraphe 95, une ordonnance sera réputée « entachée d'erreur flagrante » si le « protonotaire a commis une erreur de droit », c'est-à-dire que le pouvoir discrétionnaire a été exercé « en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits ».

ANALYSE

[9] Dans la présente requête, les requérantes soutiennent que les limites de l'interrogatoire préalable doivent être fixées à la lumière de l'entente conclue par les parties, ou à la lumière de leurs actes de procédure, et que la protonotaire n'a pas tenu compte de ces limites en leur ordonnant de répondre aux questions en cause dans le présent appel. Ainsi, elles font valoir que la protonotaire a commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance visée et que l'ordonnance est donc entachée d'erreur flagrante et devrait être annulée. Autrement dit, les requérantes soutiennent essentiellement, comme elles l'ont fait devant la protonotaire, que les questions auxquelles elles ont refusé de répondre dépassaient la portée de l'interrogatoire préalable et n'étaient donc pas pertinentes.

[10] Comme l'a souligné l'intimée, le seuil de pertinence aux fins de l'interrogatoire préalable est peu élevé. Dans l'arrêt *Apotex Inc. c. R.* (2005), 41 C.P.R. (4th) 97, la Cour d'appel fédérale a précisé ce qui suit, au paragraphe 15, concernant la question de la pertinence dans le contexte de l'interrogatoire préalable :

¶ 15 Madame la protonotaire était appelée à trancher une question de pertinence et je précise qu'à l'étape de la communication préalable, la norme applicable en la matière a été formulée par la Cour dans son arrêt *Everest & Jennings Canadian Ltd. c. Invacare Corp.*, [1984] 1 C.F. 856, 79 C.P.R. (2d) 138, où, à la page 2 de l'arrêt [C.F. p. 857], au nom de la Cour, le juge Urie s'est prononcé en ces termes :

[...]Le critère de pertinence a été défini dans *Boxer and Boxer Holdings Ltd. v. Reesor et al.* (1983), 43 B.C.L.R. 352 (S.C.C.-B.), où le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a tiré la conclusion suivante en page 359 :

Il me semble qu'étant donné le droit d'accès indéniable des demandeurs aux documents qui pourraient leur inspirer des recherches, lesquelles pourraient, directement ou indirectement, favoriser leur cause ou anéantir celle de la partie défenderesse, en particulier sur la question cruciale de l'interprétation respective de l'accord, il faut faire droit à une partie de leur requête.

¶ 16 Récemment, dans l'arrêt *SmithKline Beecham Animal Health Inc. c. Canada*, [2002] A.C.F. n° 837, 2002 CAF 229, nous avons affirmé à nouveau ce critère. Ainsi, aux paragraphes 24 et 25 de ses motifs, Madame la juge Sharlow, se prononçant au nom de la Cour, s'est exprimée en ces termes :

[24] La portée et l'application des règles précitées dépendent du sens de ces mots : « qui portent sur toute question en litige entre les parties à l'appel » et « aux questions légitimes qui se rapportent à une question en litige ». Dans *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique c. Peruvian Guano Company* (1882), 11 Q.B.D. 55 (C.A.), à propos du sens des mots [TRADUCTION] « un document qui a trait à tout point litigieux de l'action », à la page 63, le lord juge Brett dit ceci :

À mon avis, un document a trait aux points litigieux de l'action non seulement lorsqu'il constitue une preuve à l'égard de ces points litigieux mais également lorsqu'on peut raisonnablement supposer qu'il contient des renseignements pouvant -- et non devant -- soit directement soit indirectement, permettre à la partie qui exige l'affidavit ou bien de plaider sa propre cause ou bien de nuire à celle de son adversaire. J'ai dit « soit directement soit indirectement » parce que, à mon avis, un document peut, à proprement parler, contenir des renseignements pouvant permettre à la partie qui exige l'affidavit soit de plaider sa propre cause soit de nuire à celle de son adversaire s'il s'agit d'un document susceptible de la lancer dans une enquête et d'entraîner l'une ou l'autre de ces conséquences [...]

[25] Notre Cour a expressément souscrit au critère du « lancement d'une enquête » pour la communication préalable de documents : *Everest & Jennings Canadian Ltd. c. Invacare Corp.*, [1984] 1 C.F. 856, 55 N.R. 73, 79 C.P.R. (2d) 138 (C.A.F.), qui faisait sien le critère de *Boxer c. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352, 35 C.P.C. 68 (C.S.C.-B.). Voir aussi *Ikea Ltd. c. Idea Design Ltd.*, [1987] 3 C.F. 317, 13 F.T.R. 306, 16 C.P.R. (3d) 65 (C.F. 1^{re} inst.) et *Oro Del Norte, S.A. c. La Reine* (1990), 35 F.T.R. 107, [1990] 2 C.T.C. 67, 90 D.T.C. 6373 (C.F. 1^{re} inst.).

[11] En outre, il est évident que les parties ne s'entendent pas quant à la portée de l'interrogatoire préalable dans la présente instance, même si elles conviennent toutes deux que celui-ci devrait se limiter à la licence obligatoire et à sa résiliation alléguée. Alors que les requérantes prétendent que la licence obligatoire a été résiliée en septembre 1999 et que, par conséquent, les événements antérieurs et postérieurs à cette date ne sont pas pertinents, l'intimée soutient que la licence obligatoire n'a pas été résiliée. L'intimée allègue que le prétendu avis de résiliation de la licence obligatoire par Eli Lilly US n'avait aucun effet et que, de toute façon, elle avait corrigé la violation alléguée en versant les redevances dues, ce qui rendait donc pertinents les événements qui ont mené à la résiliation alléguée en septembre 1999, ainsi que la conduite des parties et les événements qui ont suivi la correction alléguée, soit les événements postérieurs à février 2000.

[12] Il ne fait aucun doute que les perceptions divergentes qu'ont les parties de la question en litige auront une incidence directe sur la pertinence des questions posées dans le cadre de l'interrogatoire préalable. De plus, comme la validité des arguments de chacune des parties à l'égard de la résiliation alléguée de l'entente est une question qui devra être tranchée à l'instruction, la pertinence des questions posées pendant l'interrogatoire préalable doit être déterminée à partir des actes de procédure des deux parties. Comme l'a fait remarquer l'intimée dans ses observations, son droit à l'interrogatoire préalable sur des éléments factuels entourant la question en litige ne peut être limité de la manière soutenue par les requérantes dans leurs actes de procédure.

[13] Enfin, l'intimée soutient qu'un degré élevé de retenue s'impose à l'égard des décisions rendues par un protonotaire responsable de la gestion de l'instance dans l'exercice de ses fonctions

de gestion de l'instance, y compris les décisions rendues sur l'à-propos des questions posées à l'interrogatoire préalable (*Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2007 CF 250, [2007] A.C.F. n° 322 (QL)).

[14] En qualité de protonotaire responsable de la gestion de l'instance, la protonotaire Aronovitch connaissait très bien les questions soulevées dans les actes de procédure. Elle a déterminé de façon appropriée que la pertinence était le principe juridique applicable, elle a entendu les observations des deux parties quant à la pertinence de chaque question en litige et elle a finalement déterminé, dans une annexe jointe à l'ordonnance, les questions auxquelles devaient répondre les requérantes.

[15] Étant donné le seuil peu élevé de pertinence rattaché à l'interrogatoire préalable, les positions divergentes des parties sur la résiliation de la licence obligatoire et la chronologie applicable ainsi que le degré élevé de retenue qui s'impose à l'égard de la décision de la protonotaire, je ne suis pas convaincu que la conclusion de la protonotaire au sujet de la pertinence des questions en litiges est « entachée d'erreur flagrante ».

[16] Bien qu'il soit évident qu'elles sont en désaccord avec la décision de la protonotaire concernant la pertinence des questions pour lesquelles elle a exigé une réponse, les requérantes ne sont pas acquittées du fardeau qui leur incombait de démontrer que la protonotaire a commis une erreur de principe ou s'est fondée sur une mauvaise appréciation des faits, ce qui justifierait un nouvel examen par la Cour de la pertinence des questions posées par l'intimée pendant l'interrogatoire préalable.

[17] Les requérantes font également valoir que la protonotaire a commis une erreur de droit en les obligeant à répondre à certaines questions, sans avoir entendu leurs observations orales sur la pertinence de ces questions. Elles ont cependant présenté des observations écrites sur toutes les questions en litige et il faut présumer que la protonotaire les a examinées avant de rendre sa décision. De plus, comme l'a souligné l'intimée, il n'existe aucune règle qui donne à une partie le droit de présenter des observations orales sur chacune des questions en litige dans une requête portant sur un refus.

[18] Enfin, les requérantes soutiennent que la protonotaire a commis une erreur de droit en changeant la nature du projet d'ordonnance sur consentement présenté par les parties, de sorte qu'il ne reflète plus les directives orales données lors de l'audience sur la requête. Elles font valoir en particulier que la protonotaire a indiqué à l'audience qu'elles devaient répondre à toutes les questions à l'égard de la nizatidine seulement et que les ébauches d'ententes ne devaient pas être produites si les ententes avaient été signées. Les requérantes affirment qu'en raison de ces directives orales, elles n'ont pas continué de présenter de tels arguments à l'égard de chaque question à laquelle elles s'appliquaient. Ces limites n'ont pas été notées non plus dans l'annexe A du projet d'ordonnance présenté à la protonotaire, puisque les requérantes avaient compris que ces limites devaient s'appliquer à toutes les questions figurant dans l'annexe.

[19] Bien qu'il n'y ait pas de transcription de l'audience tenue devant la protonotaire, ce qui aurait permis de comparer ce qu'aurait déclaré la protonotaire avec ce qui est précisé dans son ordonnance, il existe une importante distinction entre le projet d'ordonnance sur consentement présenté par les parties et l'ordonnance finale de la protonotaire.

[20] Dans le projet d'ordonnance sur consentement, les directives suivantes ont été formulées dans les paragraphes numérotés :

[TRANSLATION]

4. Toutes les réponses visées par l'ordonnance ne doivent porter que sur la nizatidine.

5. Aucune des réponses visées par l'ordonnance ne doit porter sur les projets d'ententes et de documents.

[21] Dans l'ordonnance finale de la protonotaire, les directives suivantes figurent dans les attendus de l'ordonnance :

[TRANSLATION]

Ainsi que l'indique la Cour, les réponses aux questions ne doivent porter que sur la nizatidine.

Ainsi que l'indique la Cour, les projets antérieurs de toute entente signée ne doivent pas être produits.

[22] L'intimée a raison de préciser que la Cour n'est pas liée par les ordonnances sur consentement présentées par les parties. Comme le précise l'article 53 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 :

53. (1) La Cour peut assortir toute ordonnance qu'elle rend en vertu des présentes règles des conditions et des directives qu'elle juge équitables.

(2) La Cour peut, dans les cas où les présentes règles lui permettent de rendre une ordonnance particulière, rendre toute autre ordonnance qu'elle juge équitable.

53. (1) In making an order under these Rules, the Court may impose such conditions and give such directions as it considers just.

(2) Where these Rules provide that the Court may make an order of a specified nature, the Court may make any other order that it considers just.

[23] Cela étant dit, je prends en considération l'argument des requérantes selon lequel, une fois modifié le libellé convenu par les parties afin de traduire leur compréhension des directives données à l'audience, sans changer l'annexe correspondante, les deux documents ne peuvent plus être

interprétés ensemble. Autrement dit, en l'absence de toute indication réelle à l'annexe A de l'ordonnance quant aux questions qui sont visées par ces limites, il est impossible de déterminer la portée de ces limites.

[24] Ainsi, je crains que l'ordonnance crée une certaine confusion pour les deux parties qui tenteront d'obtenir des précisions de la Cour à une date ultérieure, ce qui retardera encore l'affaire.

[25] Habituellement, la procédure à suivre dans une telle situation aurait consisté à présenter à la protonotaire une requête en réexamen en vertu de l'article 397 des *Règles des Cours fédérales*, qui prévoit ce qui suit :

397. (1) Dans les 10 jours après qu'une ordonnance a été rendue ou dans tout autre délai accordé par la Cour, une partie peut signifier et déposer un avis de requête demandant à la Cour qui a rendu l'ordonnance, telle qu'elle était constituée à ce moment, d'en examiner de nouveau les termes, mais seulement pour l'une ou l'autre des raisons suivantes :

- a)* l'ordonnance ne concorde pas avec les motifs qui, le cas échéant, ont été donnés pour la justifier;
- b)* une question qui aurait dû être traitée a été oubliée ou omise involontairement.

(2) Les fautes de transcription, les erreurs et les omissions contenues dans les ordonnances peuvent être corrigées à tout moment par la Cour.

397. (1) Within 10 days after the making of an order, or within such other time as the Court may allow, a party may serve and file a notice of motion to request that the Court, as constituted at the time the order was made, reconsider its terms on the ground that

- (a)* the order does not accord with any reasons given for it; or
- (b)* a matter that should have been dealt with has been overlooked or accidentally omitted.

(2) Clerical mistakes, errors or omissions in an order may at any time be corrected by the Court.

[26] Les requérantes n'ont pas réussi à convaincre la Cour que l'ordonnance de la protonotaire est entachée d'erreur flagrante et devrait donc être annulée, mais je suis d'avis que l'omission de la protonotaire de préciser dans l'annexe de l'ordonnance les questions auxquelles doivent s'appliquer

les limites susmentionnées fait partie de la catégorie des « fautes de transcription [...] erreurs et [...] omissions contenues dans les ordonnances » qui devraient être corrigées par la Cour « telle qu'elle était constituée à ce moment », c'est-à-dire par la protonotaire Aronovitch.

[27] Même lorsque le délai de présentation d'une requête prévue à l'article 397 des Règles est expiré, les parties peuvent toujours demander à la protonotaire Aronovitch l'autorisation de proroger le délai de présentation d'une telle requête. Toutefois, je suis d'avis qu'une telle approche retarderait encore inutilement une instance qui a déjà assez duré.

[28] Par conséquent, bien que je ne sois pas disposé à faire droit à la requête des requérantes sur le fond, l'ordonnance sera renvoyée à la protonotaire Aronovitch afin qu'elle y apporte des précisions et que les parties puissent terminer l'interrogatoire préalable de manière expéditive.

[29] Enfin, l'intimée Novopharm a reconnu à l'audience que les questions 3 et 4 de l'annexe A n'étaient pas pertinentes. Par conséquent, les deux questions seront retirées de la liste et les annexes A et B de l'ordonnance seront modifiées afin de refléter ce changement.

ORDONNANCE

Par conséquent, **LA COUR ORDONNE** :

1. La requête est rejetée, sauf en ce qui concerne les questions 3 et 4 de l'annexe A.
2. L'ordonnance est renvoyée à la protonotaire Aronovitch afin qu'elle précise les questions de l'annexe A auxquelles une réponse doit être fournie en rapport avec la nizatidine seulement, et à l'égard de quelles questions énumérées à l'annexe A les projets antérieurs des ententes signées n'ont pas à être produits.
3. Les questions 3 et 4 de l'annexe A sont retirées et les annexes A et B de l'ordonnance sont modifiées en conséquence.
4. Sa requête ayant été accueillie en grande partie, l'intimée Novopharm a droit aux dépens fixés à mille dollars (1 000 \$), payables sans délai quelle que soit l'issue de la cause.

« Pierre Blais »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1100-97

INTITULÉ : ELI LILLY AND COMPANY *et al.*
c.
APOTEX INC.

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 23 AVRIL 2007

MOTIFS DE L'ORDONNANCE : LE JUGE BLAIS

DATE DES MOTIFS : LE 3 MAI 2007

COMPARUTIONS :

Jay Zakaib
Beverley S. Moore

POUR LES DEMANDERESSES

Jeilah Chan

POUR LA DÉFENDERESSE
(DÉFENDERESSE
RECONVENTIONNELLE –
NOVOPHARM LIMITED)

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson LLP
Ottawa (Ontario)

POUR LES DEMANDERESSES

Bennett Jones LLP
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE
(DÉFENDERESSE
RECONVENTIONNELLE –
NOVOPHARM LIMITED)