

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20111006

Dossier : T-1321-97

Référence : 2011 CF 1143

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 6 octobre 2011

En présence de madame la juge Johanne Gauthier

ENTRE :

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

demandereses

et

APOTEX INC.

défenderesse

ET ENTRE :

APOTEX INC.

**demanderesse reconventionnelle
(défenderesse)**

et

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

**défenderesses reconventionnelles
(demandereses)**

et

SHIONOGI & CO. LTD.

défenderesse reconventionnelle

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE RELATIVE AUX DÉPENS

[1] Dans ma décision sur le fond [*Eli Lilly and Company c Apotex Inc.*, 2009 CF 991, [2009] A.C.F. n° 1229 (QL), conf. par 2010 CAF 240, [2010] A.C.F. n° 1199 (QL) autorisation d'appel à la CSC refusée, [2010] R.C.S. n° 434], j'ai adjugé des dépens aux demandresses en ce qui concerne l'action en contrefaçon (l'action principale), ainsi que des dépens aux défenderesses dans la demande reconventionnelle fondée sur une prétendue violation de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34([la demande reconventionnelle relative à la concurrence). J'ai également présenté différentes indications sur la façon dont les dépens et les débours devraient être calculés dans la demande reconventionnelle relative à la concurrence, et j'ai fait remarquer que d'autres observations seraient cependant nécessaires pour quantifier les dépens en ce qui concerne l'action principale.

[2] Par ailleurs, il semble maintenant qu'en ce qui concerne tant l'action principale que la demande reconventionnelle relative à la concurrence, différentes offres de règlement ont été présentées, ce qui nécessite que je procède à un nouvel examen¹ de mes conclusions relatives aux dépens en raison des répercussions potentielles de l'article 420 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les *Règles*) ou, à tout le moins, à une réévaluation des facteurs mentionnés au paragraphe 400(3) des *Règles* compte tenu, notamment, de l'alinéa 400(3)e).

[3] Pour différents motifs, dont, notamment, les discussions sur le règlement entre Apotex Inc. (Apotex) et Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. collectivement,

¹ Comme pour le paragraphe 403(2), mais sans qu'il soit nécessaire de renvoyer l'affaire à un officier taxateur.

(Eli Lilly) d'un côté, ainsi qu'entre Apotex et Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi) de l'autre côté, la décision définitive relative aux dépens a été repoussée.

Les parties ont présenté des observations détaillées, et Apotex a insisté sur la tenue d'une audience, laquelle a eu lieu en trois étapes qui n'ont porté que sur les questions soulevées à l'égard des dépens d'Eli Lilly.

[4] Par ailleurs, après la dernière audience sur les dépens d'Eli Lilly, et seulement après que les négociations entre Apotex et Shionogi en soient arrivées à une impasse, Apotex a soulevé une nouvelle question, à savoir qu'Eli Lilly devrait lui verser une indemnité pour tous les dépens qu'elle a été tenue de payer à Shionogi, si la somme versée par Apotex à Eli Lilly pour le règlement de toutes les procédures dans le dossier T-1321-97 est égale ou supérieure à la somme accordée en définitive à Eli Lilly (ordonnance de disjonction).

[5] Au bout du compte, les dernières observations ont été déposées le 26 août 2011.

[6] Dans l'action principale, comme on pouvait s'y attendre, les deux parties ont initialement pris des positions que je considère comme déraisonnables étant donné l'âge et les antécédents de ce dossier et le fait que l'évaluation définitive de la somme devant être versée à Eli Lilly est encore bien loin². D'un côté, Eli Lilly est allée plus loin que ce que j'avais d'abord mentionné dans mes motifs puisqu'elle a réclamé une grande partie de ses dépens avocat-client et qu'elle a doublé les éléments du tarif calculés conformément à la colonne V. D'un autre côté, Apotex voulait simplement repousser l'évaluation de tous les dépens payables à Eli Lilly jusqu'à ce que

² Aucune date n'a encore été demandée pour l'audience.

le renvoi soit terminé, laissant sans recours Eli Lilly, la partie qui a obtenu gain de cause et qui a établi la contrefaçon d'au moins une revendication valide dans chacun des huit brevets visés avant le 4 juin 1998, non seulement pour l'indemnisation à laquelle elle a droit, mais aussi en ce qui concerne les débours et les frais considérables engagés depuis le début de cette action, il y a 14 ans. Quand la Cour a demandé si Apotex accepterait de payer une partie des dépens immédiatement étant donné que la somme payée pourrait ultérieurement être déduite de la somme établie lors du renvoi, l'avocat de la société a indiqué qu'il serait injuste de demander à sa cliente de payer des dépens si aucuns dépens ne sont payables.

[7] Honnêtement, étant donné le nombre d'arguments initialement présentés en ce qui concerne les dépens dans ce dossier, la Cour a voulu simplement repousser la taxation des dépens jusqu'à la fin du renvoi. La situation aurait été beaucoup plus simple, et les juges sont humains.

[8] Cependant, l'important pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 400(3) et à l'article 420 des *Règles* est accordé à la Cour (plus particulièrement au juge de première instance) parce qu'on s'attend à ce que la Cour, qui a présidé l'ensemble de l'instruction, connaisse bien tout ce qui s'est passé à l'intérieur et à l'extérieur du tribunal pendant l'instruction, ainsi que pendant les conférences de gestion de l'instruction. On s'attend également à ce que le juge de première instance soit bien placé pour évaluer les répercussions des actes de toutes les parties sur la durée et la complexité de l'instruction.

[9] D'ailleurs, cette affaire, même en comparaison d'autres affaires complexes de brevets, a été exceptionnellement difficile.

[10] C'est pourquoi j'ai estimé que si j'attendais plus longtemps pour traiter cette affaire, je risquerais d'oublier les détails qui me permettent d'exercer adéquatement mon pouvoir discrétionnaire et, plus particulièrement, de voir au-delà de la rhétorique habile des avocats expérimentés qui y participent.

[11] Les questions soulevées en ce qui concerne l'action principale et la demande reconventionnelle relative à la concurrence sont très distinctes les unes des autres et seront abordées séparément. Je commencerai par la demande reconventionnelle relative à la concurrence.

I. Demande reconventionnelle relative à la concurrence

[12] Bien que la Cour ne connaisse pas la somme exacte convenue, les parties l'ont avisée qu'elles ont à tout le moins été en mesure de s'entendre sur le montant des débours de Shionogi dans la présente procédure.

[13] Eli Lilly et Apotex ont également présenté une liste de chiffres (presque tous convenus par les parties) qui illustrent ce que les débours et les frais connexes auraient été avant et après l'offre de règlement du 4 avril 2008, laquelle sera abordée plus loin, dans le cadre de divers scénarios allant de la colonne III du tarif B aux dépens avocat-client.

[14] En ce qui concerne les frais juridiques de Shionogi, même si Apotex conteste deux éléments mineurs³ (la somme réclamée pour les conférences préalables à l'instruction tenues le 21 décembre 2006 et le 6 février 2007 ainsi que pour la conférence de gestion de l'instruction tenue le 15 février 2008, et la somme réclamée au titre de l'article 15 du tarif pour trois ensembles d'observations écrites présentés pendant l'instruction), les arguments des parties sont principalement axés sur les répercussions des différentes offres de règlement échangées.

[15] La première offre écrite déposée au dossier⁴ a été faite par Shionogi en novembre 2007; les défenderesses ont offert à Apotex un désistement sans dépens. Cette offre renvoie expressément à l'article 420 et peut être acceptée jusqu'à [TRADUCTION] « une minute après le début de l'instruction ».

[16] Le 4 avril 2008, Apotex a écrit à Eli Lilly et à Shionogi pour leur offrir de payer une somme de 12,5 millions de dollars à titre de règlement final pour [TRADUCTION] « toutes les demandes liées à la présente procédure ». Tant l'action que la demande reconventionnelle devaient être rejetées sans dépens, et une quittance complète aurait été signée par toutes les parties.

[17] Le 7 avril 2008, Shionogi a informé Apotex qu'en dépit du fait que sa proposition de rejet sans dépens de la demande reconventionnelle à son encontre était conforme à sa propre proposition de règlement, l'offre telle qu'elle était formulée ne permettait pas d'abandonner la

³ Bien qu'Apotex ait clairement disposé de suffisamment de temps pour réfléchir à la question avant le dépôt des observations écrites, ce n'est qu'après avoir examiné les observations écrites de Shionogi qu'elle a enfin abandonné trois des cinq éléments qui étaient apparemment non résolus.

⁴ Il ne s'agit pas nécessairement de la première offre entre les parties. La lettre datée du 12 août 2008, déposée par Apotex avec ses observations écrites, révèle clairement que la Cour ne dispose pas du portrait global des discussions de règlement entre les parties.

demande reconventionnelle en l'absence d'une entente entre les parties dans l'action principale. Par conséquent, Shionogi voulait obtenir une réponse officielle à sa propre offre de règlement.

[18] Apotex affirme qu'elle ne pouvait pas conclure de règlement avec Shionogi parce que ni celle-ci ni Eli Lilly ne pouvaient convenir de la façon dont les éléments de preuve de Shionogi (y compris les documents en sa possession) pourraient être utilisés contre Eli Lilly dans l'éventualité où Shionogi ne ferait plus partie de l'action. Elle affirme également que Shionogi aurait dû user de son influence auprès d'Eli Lilly, partie avec laquelle elle avait un intérêt commun dans la demande reconventionnelle relative à la concurrence, pour la forcer à conclure une entente à cet égard. Par ailleurs, la société aurait dû accepter de mettre ses témoins à la disposition d'Apotex pour l'instruction dans l'éventualité où la demande reconventionnelle relative à la concurrence ne pourrait pas être réglée avec Eli Lilly.

[19] Quoi qu'il en soit, le 8 août 2008, après que tous les éléments de preuve ont été déposés et que seules les conclusions finales restaient à présenter, Shionogi a soumis une autre offre écrite à Apotex. Après avoir fait remarquer que son offre précédente avait expiré le 21 avril 2008, Shionogi affirmait [TRADUCTION] qu'« à ce moment-là », elle était prête à accepter un désistement, sous réserve d'un paiement de 250 000 \$ pour couvrir ses dépens (frais et débours)⁵. À ce moment-là, les éléments de preuve concernant la demande reconventionnelle d'Apotex relative à la concurrence devaient commencer à être présentés le 2 septembre 2008.

[20] Pour Apotex, aucune des offres présentées par Shionogi ne pouvait déclencher l'application de l'article 420 des *Règles* puisqu'elles ne restaient pas ouvertes jusqu'à ce que la

⁵ Selon la lettre du 12 août 2008, il semble que Shionogi n'avait en fait pas fermé la porte à une offre inférieure.

question soit prise en délibéré ou qu'un jugement soit rendu. Apotex allègue également que l'offre du 8 août 2008 n'était pas claire et ne comprenait aucun compromis (ou mesure incitative à un règlement) du fait que, de l'avis d'Apotex, [TRADUCTION] « on s'attendait à ce que » la somme de 250 000 \$ soit égale, voire supérieure, au montant des frais et des débours qui auraient été payables à Shionogi en août 2008 (se reporter au paragraphe 48 de la réponse écrite d'Apotex au sujet du montant des dépens payables à Shionogi).

[21] Par ailleurs, à titre de solution de rechange à sa première position susmentionnée, Apotex allègue que l'offre de novembre 2007 de Shionogi, qui a pris fin le 21 avril 2008, ne pouvait pas satisfaire aux exigences de l'article 420 parce qu'à ce moment-là, la Cour ne devait traiter que de l'action principale et que les éléments de preuve, y compris les déclarations préliminaires, concernant la demande reconventionnelle relative à la concurrence ne devaient pas commencer à être présentés avant les vacances judiciaires d'été.

[22] Ainsi, de l'avis d'Apotex, non seulement Shionogi ne devrait pas être admissible au double de ses frais taxables, mais ces frais, calculés conformément à la colonne III (questions préalables à l'instruction) et à la colonne IV (pendant l'instruction) ainsi que les débours devraient être réduits de 25 % pour tenir compte des efforts déployés par Apotex pour régler la demande reconventionnelle sans qu'une instruction soit nécessaire.

[23] Enfin, comme il a été mentionné, Apotex affirme que si la somme payable à Eli Lilly dans l'action principale est fixée à moins de 12,5 millions de dollars, Eli Lilly devrait payer tous les dépens versés par Apotex à Shionogi et qu'aux fins d'équité, Eli Lilly devrait être tenue

responsable de l'échec du règlement de la demande reconventionnelle avec Shionogi en avril 2008.

[24] D'abord, l'argument selon lequel une offre doit demeurer ouverte jusqu'à ce qu'un jugement soit rendu ou que la question soit prise en délibéré démontre clairement qu'Apotex n'a pas pris en considération l'effet des modifications apportées à l'article 420 des *Règles* en 2005. Les mots [TRADUCTION] « non révoquée » qui figurent dans l'ancien paragraphe 420(2), dont a découlé la jurisprudence mentionnée par Apotex, ont été supprimés en 2005, et un nouveau paragraphe 420(3) a été ajouté pour indiquer très clairement qu'une offre ne doit rester ouverte que jusqu'au début de l'instruction ou de l'audience en l'espèce.

[25] Comme j'ai participé étroitement au processus qui a donné lieu à ce changement, je ne doute pas un seul instant que l'argument d'Apotex à cet égard est non fondé⁶.

[26] Cela dit, l'objectif de la modification et l'esprit de la règle sont de favoriser un règlement avant le début de l'instruction relative aux procédures pour lesquelles l'offre est présentée et de veiller à ce que la personne qui reçoit l'offre ait suffisamment de temps pour l'examiner. Dans ce contexte, la Cour convient que, même si une seule ordonnance a été délivrée pour le calendrier des audiences pour l'instruction des différentes procédures dans le dossier T-1321-97, l'action principale et la demande reconventionnelle relative à la concurrence constituaient deux procédures complètement distinctes et qu'il n'a jamais été prévu que la présentation des éléments de preuve, y compris les déclarations préliminaires sur la demande reconventionnelle

⁶ On ne sait pas avec certitude si le juge O'Reilly, dans *Tradition Fine Foods Ltd c. Oshawa Group Ltd*, 2006 CF 93, [2006] A.C.F. n° 120 (QL), a estimé qu'il devait appliquer l'ancienne règle parce que l'offre, l'instruction et le jugement sur le fond ont eu lieu avant les modifications de 2005.

relative à la concurrence, commence le 21 avril 2008. En fait, le tout premier jour, l'avocat de Shionogi a été dispensé par la Cour de participer à la première partie de l'audience étant donné qu'il n'était pas une partie à l'action principale⁷.

[27] Cela signifie que pour déclencher l'application de l'article 420 des *Règles*, l'offre de novembre 2007 devait rester ouverte jusqu'au début de l'instruction sur la demande reconventionnelle relative à la concurrence, le 2 septembre 2008. La lettre datée du 8 août 2008 et les observations de Shionogi indiquent clairement que la société croyait que l'instruction avait commencé le 21 avril 2008, même si son offre de novembre 2007 ne faisait pas expressément référence à cette date. Si la lettre de novembre 2007 avait pu s'interpréter comme faisant référence à la date du 2 septembre 2008, l'offre du 8 août 2008 l'aurait implicitement révoquée avant.

[28] Pourtant, l'offre de novembre 2007 doit être considérée comme conforme au paragraphe 400(3) des *Règles*.

[29] Il est intéressant de souligner que si Apotex avait voulu d'une façon ou d'une autre régler sa demande reconventionnelle relative à la concurrence avec Shionogi entre le 21 avril et le 8 août 2008, elle aurait pu aviser Shionogi qu'à son avis, l'instruction sur la demande reconventionnelle relative à la concurrence n'avait pas commencé avant les vacances judiciaires d'été.

⁷ À l'exception du 19 juin 2008, où la Cour a expressément exigé la présence de l'avocat de Shionogi étant donné qu'Apotex alléguait qu'elle devrait être autorisée à déposer des extraits de l'interrogatoire préalable de Shionogi dans le cadre des éléments consignés en preuve dans l'action principale.

[30] En ce qui concerne la deuxième offre écrite de Shionogi, la Cour est convaincue que, si on la lit dans le contexte approprié (en tenant compte qu'une première offre inférieure avait déjà été présentée), il est clair qu'elle n'a pas expiré, pas plus qu'elle n'a été révoquée, avant l'audience sur la demande reconventionnelle relative à la concurrence qui a commencé le 2 septembre 2008. Cette offre a été présentée plus de 14 jours avant l'audience (alinéa 420(3)a des *Règles*).

[31] La Cour est d'accord avec Apotex quand elle affirme que pour déterminer si une offre comprend l'élément de compromis ou de mesure incitative requis pour un règlement, elle doit être comparée à ce qu'Apotex, à titre de demanderesse dans la demande reconventionnelle relative à la concurrence, aurait dû payer pour mettre fin à l'affaire par elle-même le 8 août 2008, par voie de désistement avec dépens.

[32] Dans les affaires où la seule question est celle des dépens, cela ne signifie toutefois pas qu'on écarte totalement le fait qu'en parvenant à un règlement avant l'instruction, une partie évite d'être exposée aux dépens associés à cette instruction puisqu'il s'agit clairement d'un facteur incitatif supplémentaire en faveur du règlement.

[33] Apotex estime que les frais taxables payables à Shionogi avant le 8 août 2008 s'élèvent à 107 393,40 \$ selon la colonne III, conformément aux directives données par la Cour dans le jugement⁸. La pièce F (onglet 6F du volume 2 des observations de Shionogi) jointe à l'affidavit de Jayson B. Dinelle, déposée par Shionogi, semble indiquer que les débours compris dans le mémoire de frais fourni à Apotex le 1^{er} décembre 2010 s'élèvent à 336 666,48 \$. Apotex n'a pas

⁸ À ce moment-là, Shionogi voulait obtenir des dépens avocat-client.

divulgué la somme exacte qu'elle a acceptée. Rien n'indique que cette somme est réellement inférieure au montant inclus dans le mémoire de frais.

[34] D'après les éléments de preuve dont je dispose, il semble que la partie des débours engagés avant le 8 août 2008 s'élève à environ 215 417 \$⁹.

[35] Cela signifie que même si on utilise l'approche adoptée par Apotex, les dépens totaux qui auraient été payables à Shionogi étaient largement supérieurs à la somme offerte aux fins de règlement (près de 30 % de plus). Ainsi, je ne suis pas convaincue que cette offre ne satisfait pas à toutes les conditions requises pour déclencher l'application de l'article 420 des *Règles*; en réalité, je suis persuadée qu'elle y satisfait.

[36] De toute évidence, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de diminuer le montant des frais payables en vertu de cet article des *Règles*. En l'espèce, j'ai tenu compte, entre autres choses, des éléments suivants :

- a. la valeur relative de l'offre de compromis;
- b. le fait que mon évaluation initiale des frais payables à Shionogi était extrêmement prudente étant donné la tendance dans la jurisprudence récente favorisant l'adjudication d'une somme globale établie en fonction d'un pourcentage des frais effectivement engagés lorsqu'il s'agit de plaideurs commerciaux avertis ayant manifestement les moyens d'assumer le coût de leurs choix juridiques;

⁹ La somme de 121 249,40 \$ déduite de la somme totale comprend une somme de 24 376,62 \$ versée au D^r Low. La Cour remarque que si cette affaire avait été réglée en août, Shionogi aurait vraisemblablement été admissible aux honoraires, ou au moins à une partie de ceux-ci, qu'elle a versés au D^r Low pour la préparation de son rapport d'expert ainsi qu'à ceux versés à l'autre expert (le D^r Tepperman), qui a produit un rapport sur les autres questions soulevées dans la demande reconventionnelle relative à la concurrence (même si, au bout du compte, il n'a pas témoigné lors de l'instruction). Ainsi, l'estimation utilisée est vraisemblablement plutôt faible.

- c. le fait que, à ma connaissance, c'est la première fois qu'on considère qu'une offre (celle de novembre 2007) ne satisfait pas aux exigences de l'article 420 en raison de la distinction entre deux procédures distinctes entendues l'une après l'autre;
- d. tous les arguments et l'ensemble de la jurisprudence présentés par Apotex, non seulement pour diminuer le supplément devant être adjugé conformément à l'article 420, mais aussi pour réduire les frais et les débours payables à Shionogi.

[37] Au bout du compte, j'ai conclu que Shionogi était admissible au double des dépens partie-partie payables depuis le 8 août 2008, avec des rajustements mineurs en ce qui concerne les services fournis entre le 14 novembre 2007 et le 8 août 2008 en raison de l'offre du 14 novembre 2007¹⁰. Par la présente, je fixe ces dépens à 519 000 \$. Shionogi est également admissible au remboursement complet des débours convenus.

[38] Cela signifie que je n'ai pas accepté l'argument d'Apotex en ce qui concerne les deux éléments mineurs décrits au paragraphe 14 ci-dessus. Essentiellement, je suis d'accord avec les arguments énoncés par Shionogi aux paragraphes 59 à 67 de ses observations écrites. En ce qui concerne les observations écrites présentées pendant l'instruction, il a été clairement indiqué à ce moment-là que la Cour favorisait de telles observations écrites pour éviter de retarder la conclusion de l'instruction.

¹⁰ La Cour a diminué le supplément (double des débours) demandé par Shionogi à l'égard des frais taxables (colonne III) relatifs à tous les services taxables fournis entre novembre 2007 et août 2008, les faisant passer de 18 950,52 \$ à 9 475,26 \$ (1,5 fois). La somme totale a ensuite été arrondie à 519 000 \$.

Sans ces observations, je suis convaincue qu'une journée supplémentaire d'audience aurait été requise.

[39] Cela signifie également que la Cour n'a pas été convaincue par l'argument d'Apotex selon lequel les dépens de Shionogi devraient de toute façon être réduits en raison de sa tentative réelle de règlement de la demande reconventionnelle relative à la concurrence et parce qu'il serait injuste de ne pas tenir compte du fait que la capacité d'Apotex à plaider ladite demande reconventionnelle à l'encontre d'Eli Lilly a été grandement entravée par le fait que Shionogi n'a pas accepté de présenter des éléments de preuve lors de l'instruction (se reporter aux paragraphes 31 à 33 des observations écrites d'Apotex).

[40] Ici, il convient de mentionner qu'Apotex a ajouté Shionogi comme défenderesse dans la demande reconventionnelle relative à la concurrence seulement deux ans après avoir intenté la poursuite contre Eli Lilly. Apotex n'a pas déposé d'élément de preuve pour expliquer pourquoi elle estimait qu'il était raisonnable ou nécessaire d'ajouter cette partie. Elle a seulement allégué qu'elle devait obtenir des éléments de preuve de la part de Shionogi et que sa demande reconventionnelle relative à la concurrence n'est pas dénuée de tout fondement puisqu'elle a été maintenue en dépit de deux tentatives de la faire rejeter par voie de jugement sommaire.

[41] On ne devrait pas considérer que la Cour ferme les yeux sur la pratique qui consiste à poursuivre une partie simplement pour faciliter l'obtention d'éléments de preuve ou pour mettre de la pression sur une tierce partie. Il existe des moyens plus appropriés pour obtenir des éléments de preuve d'un tiers, y compris d'une société étrangère.

[42] En fin de compte, comme je l'ai mentionné dans les motifs du jugement, le témoignage des témoins de Shionogi lors de l'instruction avait peu de valeur pour Apotex. En fait, Apotex a fermement soutenu que peu de poids devrait être accordé au témoignage de M. Wada et que M. Tokaji avait une faible connaissance personnelle des événements, particulièrement de ceux survenus en 1975 (se reporter au paragraphe 33 des observations écrites d'Apotex). Apotex a principalement essayé de se servir de M. Tokaji pour faire admettre comme preuve de la correspondance que M. Tokaji connaissait peu ou pas du tout et qui aurait pu être incluse dans le recueil conjoint des documents proposé par les défenderesses dans la demande reconventionnelle relative à la concurrence.

[43] Aucun des éléments consignés en preuve tirés de l'interrogatoire préalable de Shionogi n'a joué de rôle important dans la décision définitive sur la demande reconventionnelle relative à la concurrence. La version d'Eli Lilly des événements pertinents correspondait de près à celle présentée par les témoins de Shionogi.

[44] Par ailleurs, Apotex a longuement affirmé que la Cour était liée par les conclusions de la Cour d'appel fédérale en ce qui concerne les ententes de 1975 et de 1995.

[45] Compte tenu de tous les éléments que connaissait Apotex avant le 4 avril 2008, la Cour n'est même pas convaincue qu'il était raisonnable pour Apotex de maintenir sa demande reconventionnelle relative à la concurrence à l'encontre de Shionogi à partir de cette date.

[46] À la lumière du critère applicable aux requêtes en jugement sommaire et de la position adoptée par la Cour d'appel fédérale à l'époque, la décision de celle-ci n'a pas ajouté de poids à

la position d'Apotex sur le délai de prescription, le premier motif pour lequel j'ai rejeté la demande reconventionnelle relative à la concurrence (se reporter aux paragraphes 728 à 753 de mes motifs).

[47] Apotex a produit des éléments de preuve bien insuffisants sur la raison exacte pour laquelle elle ne pouvait pas trouver de solution à son [TRADUCTION] « dilemme allégué relatif aux éléments de preuve ». La lettre de l'avocat de Shionogi datée du 12 août 2008 indique clairement qu'Apotex a eu bien assez de temps pour réfléchir à la question avant avril 2008. Dans sa lettre de novembre 2007, Shionogi fait référence à différentes suggestions présentées à cet égard. De plus, avant l'instruction, la Cour a demandé à plusieurs occasions si des éléments de preuve recueillis par commission rogatoire seraient requis, et elle était certainement prête à aider les parties de toutes les façons possibles relativement à cette question.

[48] Apotex aurait certainement pu accepter d'inclure l'ensemble de la correspondance de Shionogi dans le recueil conjoint des documents proposés, dont les pièces TX-252 à TX-259, par exemple. Si elle l'avait fait, elle aurait obtenu de meilleurs résultats que ceux qu'elle a réellement obtenus lors de l'instruction, notamment en ce qui concerne les documents susmentionnés.

[49] À la lumière de la tentative d'Apotex de présenter des éléments de preuve tirés de l'interrogatoire préalable de Shionogi en ce qui concerne les éléments consignés en preuve dans l'action principale, il est loin d'être clair pour la Cour qu'Apotex n'essayait pas simplement

d'obtenir le beurre et l'argent du beurre¹¹. De toute évidence, cela ne signifie pas qu'Apotex n'avait pas le droit d'insister sur l'application stricte des règles de la preuve relatives au dépôt de documents. Elle pouvait aussi essayer d'obtenir un avantage sur le plan des procédures dans le but de régler la demande reconventionnelle relative à la concurrence l'opposant à Shionogi. Cependant, elle ne peut s'attendre à imposer ses choix à Shionogi ou à Eli Lilly.

[50] Apotex affirme qu'une ordonnance semblable à une ordonnance de type Sanderson ou Bullock devrait être rendue au motif que l'article 420, en quelque sorte, fait d'un défendeur victorieux un défendeur débouté, du moins en ce qui concerne les dépens (se reporter aux paragraphes 21 à 24 de la réponse écrite d'Apotex au sujet des observations sur les dépens versés à titre d'indemnité). Quoi qu'il en soit, Apotex affirme également que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de délivrer une telle ordonnance conformément au paragraphe 400(3) des *Règles* et qu'il serait juste de le faire en l'espèce.

[51] Je doute réellement qu'on ait déjà pensé que l'article 420 pourrait donner lieu à l'analogie proposée par Apotex ou que cet article ait déjà eu pour objectif de s'appliquer à des offres rendant le règlement d'une action conditionnel au règlement d'une telle procédure distincte, comme ça a été le cas avec l'offre du 4 avril 2008 d'Apotex. En fait, il semble plus approprié d'examiner l'offre d'Apotex et ses répercussions sur Eli Lilly dans le cadre de mon évaluation des facteurs énumérés au paragraphe 400(3) des *Règles*.

¹¹ Shionogi avait offert que les éléments de preuve tirés de son interrogatoire préalable soient mis à la disposition d'Apotex et d'Eli Lilly afin qu'elles puissent les utiliser comme elles le voudraient.

[52] Il est certain qu'Apotex était en tout temps en mesure de régler la demande reconventionnelle relative à la concurrence indépendamment de l'action principale. Contrairement à une demande reconventionnelle habituelle, dont l'objectif est d'obtenir une déclaration d'invalidité fondée sur les mêmes éléments de preuve et observations que ceux présentés à la défense de l'invalidité, la demande reconventionnelle relative à la concurrence intentée par Apotex à l'encontre d'Eli Lilly et de Shionogi était fondée sur un régime législatif complètement différent qui n'avait rien à voir avec la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 en soi (se reporter également à mes motifs relatifs à la défense de compensation, notamment les paragraphes 644 et 645). Aucun des éléments de preuve dont je dispose ne démontre qu'Apotex a tenté à un moment ou à un autre de régler la procédure indépendamment de l'action principale. Un tel règlement aurait pu être obtenu sans le consentement d'Eli Lilly étant donné que tout ce qui était requis était un désistement avec dépens¹².

[53] Apotex ne peut pas transférer à une autre partie son obligation de payer les dépens supplémentaires dus à Shionogi conformément à l'article 420, pas plus qu'elle ne peut retarder la taxation et le paiement des dépens associés à la demande reconventionnelle relative à la concurrence en choisissant unilatéralement de relier le règlement de cette procédure au règlement de l'action principale.

[54] La Cour, d'après les faits de la présente affaire, n'est tout simplement pas prête à exercer son pouvoir discrétionnaire et à rendre l'ordonnance demandée par Apotex.

¹² Si on utilise l'approche adoptée en ce qui concerne Shionogi, il semble qu'en date du 4 avril 2008, les débours et les frais taxables d'Eli Lilly se seraient élevés à moins de 30 000 \$.

[55] Conformément au jugement sur le fond que j'ai prononcé sur la demande reconventionnelle relative à la concurrence, les deux défenderesses ont eu gain de cause et se sont vu adjuger leurs dépens. Apotex n'a pas réussi à me convaincre qu'il existe une raison valide d'exercer mon pouvoir discrétionnaire pour réduire le montant des dépens déjà adjugés à Eli Lilly ou lui refuser le paiement immédiat de ces dépens.

[56] Il y a eu entente sur le montant des débours d'Eli Lilly en ce qui concerne la demande reconventionnelle relative à la concurrence (318 666,60 \$). Ses frais taxables, conformément à mes directives initiales, s'élèvent à 145 444 \$.

II. Action principale

[57] Comme je l'ai mentionné, cette action soulève des questions très différentes. Dans mon jugement, j'ai noté que, pour différentes raisons, je ne doutais pas un instant que l'adjudication de dépens élevés était appropriée. À ce moment-là, je ne savais pas encore quel devrait être le montant de cette adjudication. Ainsi, j'ai décidé de donner aux parties l'occasion de présenter des observations supplémentaires seulement en ce qui concerne le montant des dépens.

[58] Bien que j'aie demandé des renseignements précis, comme le montant approximatif des dépens taxés suivant la colonne V du tarif B ainsi que des dépens avocat-client associés à certains services, je n'ai pas décidé que l'adjudication des dépens serait en fait calculée en fonction de ces renseignements. Comme je l'ai dit, j'ai demandé ces renseignements pour mieux comprendre les sommes réelles associées à ces scénarios.

[59] Pendant les différentes audiences qui ont suivi, j'ai demandé aux parties de me fournir encore plus de renseignements. Même si les chiffres présentés n'ont pas tous été acceptés, ils m'ont tout de même permis d'achever la fixation des dépens dus pour la période terminée le 4 avril 2008.

[60] Comme d'habitude, les avocats ont présenté des observations détaillées qui ont toutes été examinées de façon approfondie, même s'il ne me sera pas nécessaire d'en discuter en détail étant donné l'avenue que j'ai choisie.

[61] Je suis d'accord avec Apotex sur le fait que la Cour ne peut pas fixer adéquatement les dépens à verser pour la période écoulée après le 4 avril 2008 en raison des deux offres de règlement écrites que la société a faites.

[62] J'ai déjà décrit l'offre du 4 avril 2008. Le 14 juin 2008, Apotex a présenté une autre offre écrite, laquelle s'appliquait cette fois seulement à l'action principale, et plus particulièrement à sa contestation de la validité des huit brevets en cause. À ce moment-là, [TRADUCTION] « Apotex a offert de retirer ses allégations d'invalidité si Lilly acceptait une réduction stipulée de toute adjudication pécuniaire qui pourrait être faite à l'issue du renvoi à la suite de la contrefaçon dans l'éventualité où Lilly aurait gain de cause sur la question de la responsabilité »¹³.

[63] À cette étape, il n'est pas nécessaire de discuter davantage de la question de savoir si l'offre du 4 avril 2008 déclenche l'application de l'article 420 des *Règles* ou si on devrait

¹³ Paragraphe 5 des observations supplémentaires écrites d'Apotex au sujet des dépens. Je remarque toutefois qu'à cette date, la majorité (voire la totalité) des éléments de preuve relatifs à ces allégations avait été présentée.

considérer que cette offre, comme celle du 14 juin 2008, fait seulement partie de la taxation aux termes du paragraphe 400(3).

[64] À cette étape, en dépit des éléments de preuve par affidavit présentés par Eli Lilly, la Cour n'est pas en mesure d'établir s'il serait très invraisemblable, comme l'a affirmé M. Norman sous serment, que la somme adjugée à Eli Lilly soit inférieure à 35 millions de dollars, particulièrement si on tient compte des intérêts applicables (entre 1997 et 2008).

[65] Bien que les parties disposent de certains moyens pour déterminer à combien se sont élevées les ventes de céfactol pendant la période visée, il n'en demeure pas moins qu'il est difficile de faire une estimation de la somme à cette étape.

[66] L'objectif derrière le paragraphe 420(3) est permettre à une partie à qui est faite une offre de l'évaluer entièrement avant le début de l'instruction. Cela suppose normalement d'avoir reçu tous les renseignements permettant de prendre une décision éclairée. Si les interrogatoires préliminaires sur les questions relatives n'ont pas encore été réalisés et qu'une partie n'a pas encore été informée de tous les arguments soulevés par l'autre partie¹⁴, cet objectif n'est pas réellement atteint. Certainement, dans le contexte de l'action disjointe, l'application de l'article 420 peut s'avérer difficile, et elle nécessitera un examen judiciaire plus approfondi.

¹⁴ Même si l'innovateur choisit de réclamer ses profits.

[67] Quoi qu'il en soit, à cette étape, la Cour ne devrait pas formuler de commentaires sur la somme; il s'agit d'une question qui devrait être tranchée par un autre décideur.

[68] Ainsi, je suis convaincue que l'évaluation des dépens payables après le 4 avril 2008 ne devrait être faite qu'après l'établissement d'une somme précise. Il est néanmoins enjoint aux parties de procéder à un examen plus approfondi des débours d'Apotex après le 4 avril 2008 pour déterminer la portion exacte des débours convenus relative à l'action principale, et d'informer la Cour du résultat.

[69] Cela dit, la Cour peut maintenant aborder les débours et frais pour la période qui a précédé le 4 avril 2008.

[70] Apotex doit payer immédiatement la somme convenue de 879 929,60 \$¹⁵ pour les débours d'Eli Lilly pendant cette période.

[71] Après avoir examiné les différents arguments relatifs au montant des frais, il m'est apparu évident qu'il était impossible de cibler précisément les sommes attribuables aux différentes activités mentionnées dans mes motifs. Je suis maintenant convaincue que cette manière de quantifier les frais n'est pas appropriée.

[72] Il est également évident pour moi qu'un calcul des frais fondé sur le tarif B, ou même sur la colonne V, n'est pas approprié quand on tient compte adéquatement de tous les facteurs énumérés au paragraphe 400(3) des *Règles*.

¹⁵ Les parties ont convenu que la somme s'élevait à 899 049,60 \$ pour toutes les affaires au 4 avril 2008, moins les débours de 19 120 \$ engagés spécialement à l'égard de la demande reconventionnelle relative à la concurrence.

[73] J'ai déjà dit qu'il n'y avait aucune bonne raison (et c'est toujours le cas) d'adjuger la totalité des dépens avocat-client dans la présente action. Cependant, cela ne signifie pas que, comme c'est le cas dans d'autres administrations et comme l'ont fait récemment mon collègue, le juge Robert Hughes, dans *Air Canada c. Toronto Port Authority*, 2010 CF 1335, [2011] A.C.F. n° 1 (QL), ainsi que d'autres collègues auparavant¹⁶ et depuis, la Cour ne devrait pas tenir compte des frais réels engagés par la partie qui a gain de cause pour déterminer le montant approprié des frais à adjuger.

[74] J'ai procédé à un examen approfondi et je suis maintenant convaincue que les dépens pour la période qui a précédé le 4 avril 2008 devraient être fixés à 675 000 \$ (environ 25 % de la somme estimative de 2 724 000 \$ payée pendant cette période en ce qui concerne l'action principale seulement).

¹⁶ Se reporter à *Consorzio del prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc*, 2002 CAF 417, [2002] A.C.F. n° 1504 (QL).

LA COUR ORDONNE :

1. qu'Apotex soit tenue de payer immédiatement :
 - a. à Shionogi, une somme globale de 519 000 \$, plus les débours convenu par les parties;
 - b. à Eli Lilly :
 - i. une somme globale de 464 110,60 \$ (tout compris) pour les dépens dans le cadre de la demande reconventionnelle relative à la concurrence,
 - ii. une somme globale de 1 554 929,60 \$ (tout compris) pour les dépens dans le cadre de l'action principale pour la période terminée le 4 avril 2008.

2. La Cour conserve la compétence de taxer, dans une ordonnance subséquente et après la détermination d'une somme définitive relative à la contrefaçon dont il est question dans le jugement du 1^{er} octobre 2009, les dépens pour la période qui suit le 4 avril 2008.

« Johanne Gauthier »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1321-97

INTITULÉ : ELI LILLY AND COMPANY ET ELI LILLY
CANADA INC. c. APOTEX INC.
ET ENTRE :
APOTEX INC. c. ELI LILLY AND COMPANY ET
ELI LILLY CANADA INC. ET SHIONOGI & CO.
LTD.

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : L'instruction a commencé le 21 avril 2008 et s'est
poursuivie, avec des interruptions, jusqu'au
13 novembre 2008, les observations finales ayant été
entendues le 9 décembre de la même année.

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE
ET ORDONNANCE RELATIVE AUX DÉPENS :** LA JUGE GAUTHIER

DATE DES MOTIFS : LE 6 OCTOBRE 2011

COMPARUTIONS :

Anthony Creber
Patrick Smith
John Norman
William Vanveen
Isabel Raasch

POUR LES DEMANDERESSES/
DÉFENDERESSES RECONVENTIONNELLES

Harry Radomski
David Scrimger
Miles Hastie
Sandon Shogilev
Ben Hackett
Belle Van

POUR LA DÉFENDERESSE/
DEMANDERESSE RECONVENTIONNELLE

Steven Garland
Timothy Stevenson
Colin Ingram
A. David Morreau

POUR LA DÉFENDERESSE
RECONVENTIONNELLE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson LLP
Ottawa (Ontario)

POUR LES DEMANDERESSES/
DÉFENDERESSES RECONVENTIONNELLES

Goodmans LLP
Toronto (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE/
DEMANDERESSE RECONVENTIONNELLE

Smart & Biggar
Ottawa (Ontario)

POUR LA DÉFENDERESSE
RECONVENTIONNELLE