

T-1232-05
2006 FC 984

T-1232-05
2006 CF 984

Pfizer Canada Inc. (Applicant)

Pfizer Canada Inc. (demanderesse)

v.

c.

The Minister of Health and Apotex Inc. (Respondents)

Le ministre de la Santé et Apotex Inc. (défendeurs)

and

et

**Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (Respondent/
Patentee)**

**Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (défenderesse/
titulaire du brevet)**

**INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF
HEALTH) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : PFIZER CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE
LA SANTÉ) (C.F.)**

Federal Court, Teitelbaum J.—Ottawa, July 27 and
August 17, 2006.

Cour fédérale, juge Teitelbaum—Ottawa, 27 juillet et 17
août 2006.

Practice—Affidavits—Appeal from Prothonotary’s order refusing to grant applicant leave to file reply affidavit pursuant to Federal Courts Rules, r. 312 — Whether Prothonotary wrong to import fourth requirement (whether evidence sought to be filed available at earlier date) to three-part test for granting leave to file reply evidence — Federal Court of Appeal’s comments in Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein with respect to rules governing filing of additional affidavits apply to all motions under r. 312 — Appeal dismissed.

Pratique — Affidavits — Appel à l’encontre d’une ordonnance d’une protonotaire rejetant la requête de la demanderesse en autorisation de déposer son affidavit en réponse en vertu de la règle 312 des Règles des Cours fédérales — Il s’agissait de savoir si la protonotaire avait incorporé à tort une quatrième condition (si la contre-preuve qu’on veut déposer était disponible auparavant) dans le critère à trois volets applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve — Les observations que la Cour d’appel fédérale a formulées dans Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein relativement aux règles qui régissent le dépôt d’affidavits complémentaires s’appliquent à toutes les requêtes formées sous le régime de la règle 312 — Appel rejeté.

This was an appeal from a Prothonotary’s order refusing to grant the applicant (Pfizer) leave to file a reply affidavit pursuant to rule 312 of the *Federal Courts Rules*. This affidavit was meant to respond to the respondent’s (Apotex) confidential affidavit of Dr. Moe criticizing Pfizer’s confidential affidavit of Dr. Husain, both of which were filed in the context of prohibition proceedings under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Pfizer argued that the Prothonotary was wrong to import from *Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein* (F.C.A.) a fourth requirement, which examines whether the evidence sought to be filed was available at an earlier date, into the three-part test for granting leave to file reply evidence established in *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (F.C.T.D.).

Il s’agissait d’un appel à l’encontre d’une ordonnance d’une protonotaire rejetant la requête de la demanderesse (Pfizer) en autorisation de déposer son affidavit en réponse en vertu de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales*. Cet affidavit devait servir de réponse à l’affidavit confidentiel du D’ Moe, que la défenderesse (Apotex) avait déposé, critiquant l’affidavit confidentiel du D’ Husain, que Pfizer avait déposé; les deux affidavits avaient été déposés dans le cadre d’une procédure d’interdiction présentée sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Pfizer a soutenu que la protonotaire a incorporé à tort une quatrième condition énoncée dans l’affaire *Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein* (C.A.F.), qui concerne la question de savoir si la contre-preuve qu’on veut déposer était disponible auparavant, dans le critère à trois volets applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve formulé dans *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (C.F. 1^{re} inst.).

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court appears to be somewhat divided on the question of whether there is a fourth “availability” component to the test for leave to file reply evidence. The confusion arises out of attempts to determine the reach of paragraphs 8 and 9 of *Atlantic Engraving*. The Court’s comments in that decision with respect to the rules governing the filing of additional affidavits apply to all motions brought under rule 312, which should not be used to allow a party to split its case or to delay putting its best case forward. The availability of evidence is thus an additional factor that must be considered as part of the test for granting leave to file additional affidavit material. Such availability plays an important role in safeguarding the legislative intent, described by the Prothonotary as being “that NOC [notice of compliance] proceedings should be summary in nature and proceeded with expeditiously.” Justice Beaudry was therefore correct when he held, in *Purdue Pharma v. Novopharm*, that when the four factors found in *Atlantic Engraving* are met, the Court may allow the filing of additional evidence. Thus the Prothonotary did not misconstrue or erroneously apply the test for granting leave to file reply evidence, and her order was not clearly wrong on this basis.

Jugement : l’appel doit être rejeté.

La Cour fédérale semble dans une certaine mesure partagée sur la question de savoir si le critère utilisé pour établir s’il y a lieu d’autoriser le dépôt de contre-preuve comprend un quatrième facteur relatif à la « disponibilité » antérieure de la preuve en question. La confusion découle des efforts déployés pour préciser la portée des paragraphes 8 et 9 de l’arrêt *Atlantic Engraving*. Les observations que la Cour a formulées dans cet arrêt quant aux règles qui régissent le dépôt d’affidavits complémentaires s’appliquent à toutes les requêtes formées sous le régime de la règle 312, qui ne devrait pas être utilisée pour permettre à une partie de diviser sa cause ou de différer la présentation de la meilleure preuve. La disponibilité antérieure de la preuve est donc un autre facteur qui doit être pris en considération dans le cadre du critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt d’affidavits complémentaires. La règle de la disponibilité antérieure de la preuve joue un rôle important dans l’accomplissement de la volonté du législateur, que la protonotaire a défini comme étant « que les instances relatives aux AC [avis de conformité] soient de nature sommaire et expéditive ». Le juge Beaudry avait donc raison lorsqu’il a statué, dans *Purdue Pharma c. Novopharm*, que lorsque les quatre conditions énoncées dans *Atlantic Engraving* sont remplies, la Cour peut autoriser le dépôt des pièces complémentaires. La protonotaire n’a donc pas commis d’erreur ni dans l’interprétation ni dans l’application du critère auquel est subordonné l’autorisation de déposer des éléments de preuve complémentaires et son ordonnance n’était donc pas entachée d’erreur flagrante à cet égard.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 312.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein (2002), 23 C.P.R. (4th) 5; 299 N.R. 244; 2002 FCA 503; *Purdue Pharma v. Novopharm* (2006), 49 C.P.R. (4th) 363; 2006 FC 385.

CONSIDERED:

Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc. (1997), 76 C.P.R. (3d) 15; 137 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2003), 29 C.P.R. (4th) 450; 2003 FC 1512; *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2004), 36

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 312.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein, 2002 CAF 503; *Purdue Pharma c. Novopharm*, 2006 CF 385.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc., [1997] A.C.F. n° 1240 (1^{re} inst.) (QL); *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1512; *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2004 CF 1207; *Pfizer Canada Inc. c. Canada*

C.P.R. (4th) 48; 2004 FC 1207; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 FC 790.

(*Ministre de la Santé*), 2006 CF 790.

REFERRED TO:

Bayer AG v. Canada (Minister of Health and Welfare) (1994), 58 C.P.R. (3d) 377; 83 F.T.R. 318 (F.C.T.D.); *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *Wayzhushk Onigum Nation v. Kakeway* (2000), 182 F.T.R. 100 (F.C.T.D.); *Deigan v. Canada (Attorney General)* (1999), 165 F.T.R. 121 (F.C.T.D.); *Wright v. Mission Institution* (1998), 159 F.T.R. 104 (F.C.T.D.).

APPEAL from a Prothonotary's decision refusing to grant the applicant leave to file a reply affidavit in the context of prohibition proceedings under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Andrew E. Bernstein and Alisse D. Houweling for applicant.
Andrew R. Brodtkin and David E. Lederman for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys LLP, Toronto, for applicant.
Goodmans LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for order and order rendered in English by

[1] TEITELBAUM J.: The present motion arises within an application for prohibition under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133]. Apotex Inc. (Apotex) served a notice of allegation (NOA) on June 3, 2005 alleging non-infringement of Canadian patent No. 2023089, held by Pfizer Canada Inc. (Pfizer). Apotex also made arguments as to the patent's invalidity. Pfizer initiated proceedings on July 18, 2005 seeking an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to Apotex in respect of its

DÉCISIONS CITÉES :

Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social), [1994] A.C.F. n° 1522 (1^{re} inst.) (QL); *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Merck & Co., Inc c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459; 2003 CAF 488; *Nation Wayzhushk Onigum c. Kakeway*, [2000] A.C.F. n° 156 (1^{re} inst.) (QL); *Deigan c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 645 (1^{re} inst.) (QL); *Wright c. Établissement de Mission*, [1998] A.C.F. n° 1687 (1^{re} inst.) (QL).

APPEL à l'encontre d'une décision d'une protonotaire rejetant la requête de la demanderesse en autorisation de déposer son affidavit en réponse dans le cadre d'une procédure d'interdiction présentée sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Andrew E. Bernstein et Alisse D. Houweling pour la demanderesse.
Andrew R. Brodtkin et David E. Lederman pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Torys LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Goodmans LLP, Toronto, pour les défendeurs.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE TEITELBAUM : La présente requête s'inscrit dans le cadre d'une demande en interdiction présentée sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133]. Apotex Inc. (Apotex) a signifié le 3 juin 2005 un avis d'allégation (AA) soutenant l'absence de contrefaçon du brevet canadien n° 2023089, détenu par Pfizer Canada Inc. (Pfizer). Apotex a aussi avancé des arguments tendant à établir l'invalidité de ce brevet. Pfizer a engagé le 18 juillet 2005 une procédure en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la

proposed Apo-Quinapril tablets. Pfizer filed evidence with the Court on November 24, 2005, including a confidential affidavit of Dr. Mansoor Husain. Apotex then served and filed its evidence on April 7, 2006, including a confidential affidavit of Dr. Gordon W. Moe.

[2] Pfizer alleges that Dr. Moe's affidavit aggressively critiques Dr. Husain's evidence. Pfizer brought a motion for (among other things) leave to file a reply affidavit of Dr. Husain pursuant to rule 312 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. Pfizer alleges that the reply affidavit consists exclusively of responses to Dr. Moe's criticisms. By order dated June 16, 2006, Prothonotary Tabib declined to grant Pfizer leave to file Dr. Husain's reply affidavit. Pfizer presently brings a motion requesting that the Court set aside the Prothonotary's order and grant it leave to file the reply affidavit.

I. The Prothonotary's Decision

[3] The Prothonotary's reasons for declining to grant Pfizer leave to file its reply affidavit are as follows:

In my view, the decision of this Court in *Abbott Laboratories et al. v. Minister of Health et al.*, (2003) 29 C.P.R. (4th) 450; 2003, FC 1512, merely confirms that the jurisprudential criteria for the application of Rule 312 of the *Federal Courts Rules* also apply to a motion to strike evidence filed in sur-reply pursuant to an order of the Court. It does not affect the binding and authoritative nature of the Court of Appeal's decision in *Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein*, (2002) 23 C.P.R. (4th) 5; 2002 FCA 503, which adds to the traditional three part test the requirement that the evidence sought to be adduced not have been available or not having been capable of being brought as part of the Applicant's case in chief.

I agree with the Applicant that the issues upon which it seeks to bring reply evidence are critical, and even central, to the issues in this proceeding. That, however, does not in and of itself suffice to satisfy the application criteria of Rule 312. Indeed, the critical nature of the issues underscores the fact

Santé de délivrer à Apotex un avis de conformité (AC) à l'égard de ses comprimés d'Apo-Quinapril. Pfizer a déposé devant notre Cour le 24 novembre 2005 des éléments de preuve comprenant un affidavit confidentiel du D^r Mansoor Husain. Apotex a à son tour déposé et signifié sa preuve le 7 avril 2006, preuve qui comprenait un affidavit confidentiel du D^r Gordon W. Moe.

[2] Pfizer fait valoir que le D^r Moe critique violemment dans son affidavit le témoignage du D^r Husain. Elle a formé une requête en vue d'obtenir (entre autres choses) l'autorisation de déposer un affidavit en réponse du D^r Husain sous le régime de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. Pfizer soutient que l'affidavit en réponse consiste exclusivement en répliques aux critiques du D^r Moe. Par ordonnance en date du 16 juin 2006, la protonotaire Tabib a refusé d'accorder à Pfizer l'autorisation de déposer l'affidavit en réponse du D^r Husain. Pfizer saisit maintenant notre Cour d'une requête en annulation de l'ordonnance de la protonotaire et en autorisation de déposer l'affidavit en réponse susdit.

I. La décision de la protonotaire

[3] La protonotaire a invoqué les motifs suivants pour rejeter la requête de Pfizer en autorisation de déposer son affidavit en réponse :

[TRADUCTION] À mon sens, la décision *Abbott Laboratories et al. c. Canada (Ministre de la Santé) et al.*, (2003) 29 C.P.R. (4th) 450; 2003 CF 1512, ne fait que confirmer que les critères jurisprudentiels de l'application de l'article 312 des *Règles des Cours fédérales* s'appliquent aussi aux requêtes en radiation d'éléments de preuve déposés en réponse à la réponse en vertu d'une ordonnance de la Cour. Elle ne met pas en cause l'autorité et la force obligatoire de l'arrêt *Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein*, (2002) 23 C.P.R. (4th) 5; 2002 CAF 503, par lequel la Cour d'appel a ajouté au critère traditionnel à trois volets la condition que la preuve qu'on demande à produire n'ait pas été disponible au moment du dépôt de la preuve principale du requérant ou n'ait pu être présentée dans ce cadre.

Je souscris à la thèse de la demanderesse selon laquelle les questions sur lesquelles elle souhaite déposer des éléments de contre-preuve sont d'une importance appréciable, et même fondamentale, dans la présente instance. Cependant, cela ne suffit pas en soi à remplir les critères d'application de la règle

that the evidence was available and known to be relevant at the time the Applicant filed its initial affidavits. The proposed reply affidavit merely states the basis upon which Dr. Husain disagrees with the critique leveled by Dr. Moe against his affidavit in chief. It addresses no new issue raised by Dr. Moe and addresses no issue not already contained in Dr. Husain's initial affidavit. Much of the content of the proposed reply affidavit is argumentative and can likely be brought to light in cross-examination. On the whole, if such were the kind of reply affidavit contemplated by Rule 312 and its judicial interpretation, then one can expect that for every expert affidavit filed in an NOC proceeding containing a critique of the Applicant's experts, there would be a permissible reply affidavit for the purpose of refining the argument and rebutting the critique. Such a result would be contrary to the legislative intent that NOC proceedings should be summary in nature and proceeded with expeditiously.

In conclusion, I am not satisfied that granting leave to the Applicant to file the proposed reply affidavit would be in the interests of justice or would be of assistance to the Court, nor am I satisfied that the evidence thus proposed to be filed was not available or could not have been brought as part of the Applicant's evidence in chief. I should add here that my decision does not rest on any alleged prejudice to Apotex if the evidence were allowed. Indeed, I am satisfied that, had leave to file the evidence been granted, it would not have caused any prejudice to Apotex. I am satisfied that, in notice of application proceedings, there is no inherent prejudice to a Respondent in not being the last party to file evidence on any issue.

II. The Applicant's Submissions

[4] The applicant Pfizer argues that the Prothonotary's order is clearly wrong because the Prothonotary erred by importing a fourth requirement into the three-part test for granting leave to file reply evidence. Pfizer argues that there is a three-part test for granting leave to file reply evidence in Patented Medicines (Notice of Compliance) (PM(NOC)) proceedings as established by *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (F.C.T.D.), at pages 20 and 21 (*Eli Lilly*). The Court has the discretion to grant an applicant leave to file reply evidence if the

312. Qui plus est, la nature cruciale des questions met en évidence le fait que la demanderesse disposait des éléments de preuve en question et les savait pertinents au moment où elle a déposé ses affidavits principaux. L'affidavit en réponse qu'on veut déposer ne fait qu'exposer les motifs qu'a le D' Husain de ne pas accepter les critiques formulées par le D' Moe à l'égard de son affidavit principal. Il ne traite aucune nouvelle question soulevée par le D' Moe ni aucune question que le D' Husain n'ait déjà traitée dans son affidavit principal. Le contenu de l'affidavit en réponse qu'on souhaite déposer relève en grande partie de l'argumentation et pourrait probablement être dérogé dans le cadre du contre-interrogatoire. Dans l'ensemble, si c'était là le genre d'affidavit en réponse visé par la règle 312 et son interprétation judiciaire, on pourrait s'attendre à voir autoriser, pour chaque affidavit d'expert déposé dans une instance relative à un AC qui critiquerait les opinions des experts du demandeur, un affidavit en réponse visant à raffiner l'argumentation et à réfuter les critiques. Une telle conséquence serait contraire à l'intention du législateur voulant que les instances relatives aux AC soient de nature sommaire et expéditive.

Pour conclure, je ne suis pas convaincue qu'il serait dans l'intérêt de la justice ou utile à la Cour d'autoriser la demanderesse à déposer l'affidavit en réponse proposé, ni que cette dernière ne disposât pas des éléments de preuve y contenus au moment du dépôt de sa preuve principale ou qu'elle n'aurait pu les présenter dans ce cadre. Je tiens à préciser que ma décision ne repose en rien sur un quelconque préjudice que subirait Apotex si la preuve en question était admise. En fait, je constate que l'octroi de l'autorisation de déposer la preuve en question n'aurait causé aucun préjudice à Apotex. Il me paraît établi que, dans les procédures engagées par voie d'avis de demande, ce n'est pas en soi un préjudice pour le défendeur que de n'être pas le dernier à déposer sa preuve sur quelque question en litige que ce soit.

II. Les conclusions de la demanderesse

[4] La demanderesse Pfizer soutient que l'ordonnance de la protonotaire est entachée d'erreur flagrante au motif qu'elle aurait incorporé à tort une quatrième condition dans le critère à trois volets applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve. Pfizer fait valoir que la décision *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, [1997] A.C.F. n° 1240 (1^{re} inst.) (QL) (*Eli Lilly*), au paragraphe 26, a établi un critère à trois volets pour décider s'il y a lieu d'autoriser le dépôt de contre-preuve dans les procédures relevant du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de*

applicant demonstrates that the evidence it wishes to file:

- a. would serve the interests of justice;
- b. would assist the Court in making its final determination;
- c. would not cause substantial or serious prejudice to the respondents.

[5] The applicant argues that the three-part test has been confirmed in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2003), 29 C.P.R. (4th) 450 (F.C.) (*Abbott Laboratories*), as well as in *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2004), 36 C.P.R. (4th) 48 (F.C.), at paragraph 25; (*AstraZeneca*), and in *Bayer AG v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 377 (F.C.T.D.), at page 380.

[6] Pfizer contends that the Prothonotary erred by importing a fourth requirement into the test for granting leave to file reply evidence. This fourth requirement, referred to by Pfizer as the “available in chief” requirement, examines whether the evidence sought to be filed in reply was available at an earlier date. Pfizer submits that the Prothonotary erred by importing the “available in chief” requirement from [*Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein* (2002), 23 C.P.R. (4th) 5 (F.C.A.)] (*Atlantic Engraving*) into the test to grant leave to file reply evidence in PM(NOC) proceedings. Pfizer notes that the “available in chief” requirement in *Atlantic Engraving* applied when a party sought leave to file reply evidence after cross-examinations had already occurred. In contrast, cross-examinations have not taken place in the present matter. Moreover, *Atlantic Engraving* was a trade-marks appeal, while the present matter is part of a PM(NOC) proceeding. Pfizer argues that PM(NOC) proceedings are unique, and that the issues are often only made clear to the applicant after the respondent has filed its evidence. Pfizer suggests that the Court has therefore adopted a more permissive approach to allowing reply evidence in PM(NOC) proceedings, and cites *Abbott Laboratories* in support of this claim.

conformité) (RMB(AC)). La Cour a la faculté d'autoriser le requérant à déposer des éléments de contre-preuve s'il démontre :

- a. que cette mesure servirait les intérêts de la justice;
- b. qu'elle aiderait la Cour à rendre une décision définitive;
- c. qu'elle ne causerait pas un préjudice important ou grave à l'intimé.

[5] La demanderesse fait valoir que ce critère à trois volets a été confirmé par les décisions suivantes : *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1512 (*Abbott Laboratories*); *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2004 CF 1207, au paragraphe 25; (*AstraZeneca*); et *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 1522 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 12.

[6] Pfizer soutient que la protonotaire a commis une erreur en incorporant une quatrième condition dans le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve. Cette quatrième condition, que Pfizer désigne [TRADUCTION] « condition de la disponibilité en preuve principale », concerne le point de savoir si la contre-preuve qu'on veut déposer était disponible auparavant. Pfizer affirme que la protonotaire s'est trompée en incorporant la « condition de la disponibilité en preuve principale » (qu'établit *Atlantic Engraving*) [*Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein*, 2002 CAF 503] dans le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve présentées dans le cadre de procédures relevant du RMB(AC). Pfizer fait observer que la « condition de la disponibilité en preuve principale » que prévoit *Atlantic Engraving* s'applique au cas où une partie demande l'autorisation de déposer des éléments de contre-preuve après les contre-interrogatoires. Or les contre-interrogatoires n'ont pas encore eu lieu dans la présente instance. Qui plus est, *Atlantic Engraving* portait sur un appel en matière de marques de commerce, tandis que la question qui nous occupe s'inscrit dans le cadre d'une instance qui relève du RMB(AC). Pfizer fait valoir que les instances relevant du RMB(AC) ont un caractère exceptionnel et que, souvent, les questions litigieuses n'y apparaissent

[7] Pfizer argues that since the Prothonotary clearly erred in law, the motions Judge should hear the matter *de novo*: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), at page 454 (*Aqua-Gem*); *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.), at paragraph 19 (*Merck*). Since Apotex did not allege any prejudice at the hearing, Pfizer submits that the only two remaining issues are whether the proposed evidence is in the interests of justice and whether it would assist the Court.

[8] The applicant argues that Dr. Husain's affidavit will serve the interests of justice as granting Pfizer leave to file reply evidence will ensure that both parties have had fair opportunities to adduce affidavit evidence on the issues and to respond to issues raised by the other party. Pfizer also claims that counsel must have the appropriate tools to present their case on behalf of their client. Pfizer suggests that Dr. Husain's reply evidence serves the interest of justice as his reply affidavit will respond to Apotex's evidence on substantive issues.

[9] Pfizer equally maintains that Dr. Husain's reply evidence will assist the Court, as it will assist the Court in making its final determination. The applicant claims that it should be permitted to explain and respond to Apotex' evidence to ensure that all facts are properly before the Court, and to ensure that the Court has received a complete, balanced view of the evidence.

[10] Finally, while Prothonotary Tabib suggested in her reasons that Pfizer will likely be able to respond to Dr. Moe's affidavit in cross-examination, Pfizer argues that the Court has recognized that cross-examination "is no substitute" for written reply evidence: *AstraZeneca*, above, at paragraph 31. Pfizer therefore submits that on hearing the matter *de novo*, the motions Judge should

clairement au demandeur qu'après le dépôt de la preuve du défendeur. Pfizer poursuit que c'est pourquoi la Cour a adopté dans les instances de cette nature une approche moins sévère de la question du dépôt de contre-preuve, et elle cite *Abbott Laboratories* à l'appui de cette assertion.

[7] Pfizer soutient que, puisque la protonotaire a commis une erreur de droit, le juge des requêtes devrait reprendre l'affaire depuis le début : *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), à la page 454 (*Aqua-Gem*); et *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.), au paragraphe 19 (*Merck*). Apotex n'ayant pas invoqué de préjudice à l'audience, les deux seules questions qui restent en litige selon Pfizer sont celles de savoir si l'autorisation de déposer la contre-preuve en question servirait les intérêts de la justice et si elle serait utile à la Cour.

[8] La demanderesse soutient que l'affidavit du D^r Husain servirait les intérêts de la justice, étant donné que le fait d'autoriser Pfizer à déposer des éléments de contre-preuve garantirait que les deux parties aient eu la possibilité équitable de produire des affidavits sur les questions en litige et de répondre aux questions soulevées par la partie adverse. Pfizer fait aussi valoir que les avocats doivent disposer des outils nécessaires pour exposer les moyens de leurs clients respectifs. Selon elle, l'affidavit en réponse du D^r Husain servirait les intérêts de la justice dans la mesure où il répond à la preuve d'Apotex sur des questions de fond.

[9] Pfizer soutient de plus que la contre-preuve du D^r Husain serait utile à la Cour, étant donné qu'elle l'aiderait à rendre sa décision définitive. La demanderesse affirme qu'on devrait l'autoriser à s'expliquer sur la preuve d'Apotex et à y répondre afin que la Cour dispose bien de tous les faits et puisse se former une idée complète et équilibrée de la preuve.

[10] Enfin, concernant l'observation formulée par la protonotaire Tabib dans son exposé de motifs comme quoi Pfizer aura probablement la possibilité de répondre à l'affidavit du D^r Moe en contre-interrogatoire, Pfizer fait valoir que la Cour a établi que la contre-preuve écrite « ne peut pas être remplacée » par un contre-interrogatoire : *AstraZeneca*, précitée, au para-

grant it leave to file Dr. Husain's reply affidavit.

III. The Respondent's Submissions

[11] Apotex argues that Prothonotary Tabib was not clearly wrong in deciding to reject the filing of Dr. Husain's affidavit, and did not err in law in reaching her decision. The respondent claims that reply evidence is not permitted in the ordinary course, and that it constitutes extraordinary relief that can only be obtained through leave of the Court. Apotex submits that a party wishing to file a supplemental affidavit must demonstrate that the material is necessary, that it was not available at an earlier date, that the evidence could not have been included in its initial affidavit, and that its inclusion will not delay the proceeding. It claims that the Court will not grant leave to file a supplemental affidavit where the subject-matter of the affidavit has been or could have been included in the applicant's initial affidavit evidence. In support of this argument, Apotex relies on *Wayzhushk Onigum Nation v. Kakeway* (2000), 182 F.T.R. 100 (F.C.T.D.), at paragraph 5; *Deigan v. Canada (Attorney General)* (1999), 165 F.T.R. 121 (F.C.T.D.), at paragraph 3; and *Wright v. Mission Institution* (1998), 159 F.T.R. 104 (F.C.T.D.), at paragraph 8. According to Apotex, the applicant needs to satisfy the three criteria of the *Eli Lilly* test once the above criteria have been met.

[12] Apotex submits that *Atlantic Engraving* did not change the three-part test applicable to motions under rule 312. In its view, the Federal Court of Appeal provided guidance with respect to what factors should be considered when determining whether the material would serve the "interests of justice". Apotex suggests that the Federal Court of Appeal directed lower courts to consider whether the evidence to be filed was available earlier, and cautioned against filing that would allow a party to split its case.

graphe 31. Par conséquent, conclut Pfizer, le juge des requêtes devrait, dans le cadre d'une nouvelle instruction, lui accorder l'autorisation de déposer l'affidavit en réponse du D' Husain.

III. Les conclusions de la défenderesse

[11] Apotex soutient que le rejet de la requête en autorisation de déposer l'affidavit du D' Husain n'est pas entaché d'erreur flagrante et que la protonotaire Tabib n'a pas commis d'erreur de droit en rendant cette décision. La défenderesse fait valoir que le dépôt de contre-preuve n'est pas permis en situation ordinaire et qu'il s'agit là d'une mesure de redressement extraordinaire qui ne peut être obtenue qu'avec l'autorisation expresse de la Cour. La partie qui souhaite déposer un affidavit complémentaire, affirme Apotex, doit démontrer que son contenu est nécessaire, qu'il n'était pas disponible auparavant et qu'il n'aurait pas pu être inclus dans son affidavit principal, tout comme elle doit établir que le dépôt de cet affidavit complémentaire ne retardera pas la procédure. Apotex affirme que la Cour n'accorde pas l'autorisation de déposer un affidavit complémentaire lorsque le contenu en a été inclus, ou aurait pu l'être, dans la preuve par affidavit principale du requérant. Elle invoque les décisions suivantes à l'appui de cette thèse : *Nation Wayzhushk Onigum c. Kakeway*, [2000] A.C.F. n° 156 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 5; *Deigan c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 645 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 3; et *Wright c. Établissement de Mission*, [1998] A.C.F. n° 1687 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 8. D'après Apotex, le requérant doit satisfaire aux trois volets du critère *Eli Lilly* une fois remplies les conditions susénumérées.

[12] Apotex soutient que l'arrêt *Atlantic Engraving* n'a pas changé le critère à trois volets applicable aux requêtes formées sous le régime de la règle 312. Selon elle, la Cour d'appel fédérale a voulu donner des lignes directrices touchant le point de savoir quels facteurs il convient de prendre en considération s'agissant d'établir si le contenu de l'affidavit en question servirait « les intérêts de la justice ». La Cour d'appel fédérale, poursuit Apotex, a prescrit aux tribunaux inférieurs de se demander si la preuve qu'on veut déposer était disponible auparavant et les a mis en garde contre

[13] Apotex argues that Pfizer has failed to distinguish *Atlantic Engraving*. The respondent argues that there is nothing in *Atlantic Engraving* suggesting that it should not apply when considering whether to allow the filing of reply evidence in PM(NOC) proceedings. Although cross-examinations have not started in the present matter, Apotex argues that the Prothonotary still found that the evidence was available to Pfizer at an earlier time, and that the interests of justice would not be served by allowing the evidence to be filed at this stage. According to Apotex, the Prothonotary did not err by importing a fourth factor into the three-part test for reply evidence. Rather, she considered the test in light of the Federal Court of Appeal's decision in *Atlantic Engraving*.

[14] Apotex submits that the motions Judge does not need to hear the matter *de novo*. It also argues that Pfizer has failed to support its bald assertions that it has met the three-part test for reply evidence.

IV. Standard of Review

[15] It is trite law that discretionary orders of a prothonotary cannot be disturbed by a motions judge unless:

- a. the question(s) raised in the motion are vital to the final issue of the case;
- b. the orders are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or a misapprehension of the facts (*Aqua-Gem*, above; *Merck*, above).

[16] The applicant did not argue that the order under appeal addresses questions that are vital to the final issue of the case. Although the Prothonotary stated that

l'autorisation du dépôt d'éléments qui permettraient au requérant de diviser sa cause.

[13] Apotex soutient que Pfizer n'a pas réussi à établir la distinction qu'elle postule d'avec *Atlantic Engraving*. Rien dans cet arrêt, fait observer la défenderesse, ne donne à penser qu'il ne devrait pas être appliqué à l'examen du point de savoir s'il y a lieu d'autoriser le dépôt de contre-preuve dans une instance relevant du RMB(AC). S'il est vrai que les contre-interrogatoires n'ont pas encore commencé dans le présent litige, la protonotaire, rappelle Apotex, n'en a pas moins conclu que Pfizer disposait des éléments de preuve en question auparavant et qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'autoriser le dépôt de ces éléments à la présente étape. Selon Apotex, la protonotaire n'a pas commis d'erreur en incorporant un quatrième facteur dans le critère à trois volets applicable à la contre-preuve. Elle a plutôt pris ce critère en considération à la lumière des conclusions formulées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Atlantic Engraving*.

[14] Apotex soutient qu'il n'est pas nécessaire que le juge des requêtes reprenne l'affaire depuis le début. Elle fait en outre valoir que Pfizer n'a pas établi, mais seulement affirmé, qu'elle remplissait le critère à trois volets applicable à la contre-preuve.

IV. La norme de contrôle

[15] C'est une règle de droit bien connue que le juge des requêtes ne peut remettre en cause l'ordonnance rendue par un protonotaire en vertu de son pouvoir discrétionnaire qu'à l'une ou l'autre des deux conditions suivantes :

- a. la ou les questions que soulève la requête ont une influence déterminante sur l'issue du principal;
- b. l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, au sens où le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un mauvais principe ou une mauvaise appréciation des faits (*Aqua-Gem* et *Merck*, précités).

[16] La demanderesse n'a pas allégué que l'ordonnance ici attaquée porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal. Il est

certain issues raised in the proposed affidavit of Dr. Husain raise issues that are critical to the proceedings, it has not been argued that the applicant's ability to raise the issues by way of a reply affidavit is vital to the final issue of the case. The onus therefore remains on the applicant to establish that the Prothonotary's order was clearly wrong.

V. Analysis

[17] Pfizer asserts that the Prothonotary's decision is clearly wrong since the Prothonotary erroneously imported and applied a fourth component into the test for determining whether to grant leave to file reply evidence. The Federal Court appears to be somewhat divided on the question of whether there is a fourth "availability" component to the test for leave to file reply evidence. In the case of *Abbott Laboratories*, above, which Prothonotary Tabib attempts to distinguish in the reasons of her impugned order, Justice Heneghan suggests that the test for leave to file reply evidence is made up of three factors, as identified by *Eli Lilly*, above. In contrast, Justice Beaudry recently held that when the four factors found in *Atlantic Engraving* are met, the Court may allow the filing of additional evidence: *Purdue Pharma v. Novopharm* (2006), 49 C.P.R. (4th) 363 (F.C.), at paragraph 13 (*Purdue*). Prothonotary Tabib has similarly stated in the reasons for her order presently under appeal that *Atlantic Engraving* adds a requirement to consider "availability" in addition to the traditional three-part test articulated in *Eli Lilly*. In the recent decision in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 FC 790, Justice Lemieux upheld a Prothonotary's decision to grant an applicant leave to serve and file a reply affidavit, and referred to both *Eli Lilly* and *Atlantic Engraving*. However, Justice Lemieux decided to uphold a Prothonotary's order to grant leave to file reply evidence on the basis of the difference between reply affidavits and supplementary affidavits, and did not conclusively determine whether there are three or four parts to the test to grant leave to file reply evidence.

vrai que la protonotaire fait observer que certains points traités dans l'affidavit du D^r Husain qu'on voudrait déposer soulèvent des questions d'importance cruciale dans l'instance, mais il n'a pas été soutenu que la possibilité pour la demanderesse de soulever ces questions au moyen d'un affidavit en réponse ait une influence déterminante sur l'issue du principal. Il reste donc à la demanderesse la charge de prouver que l'ordonnance de la protonotaire est entachée d'erreur flagrante.

V. Analyse

[17] Pfizer soutient que la décision de la protonotaire est entachée d'erreur flagrante au motif qu'elle a incorporé à tort une quatrième condition dans le critère utilisé pour établir s'il y a lieu d'autoriser le dépôt de contre-preuve. La Cour fédérale semble dans une certaine mesure partagée sur la question de savoir si ce critère comprend un quatrième facteur, relatif à la « disponibilité » antérieure de la preuve en question. Dans la décision *Abbott Laboratories*, précitée, que la protonotaire Tabib distingue de l'affaire qui nous occupe dans l'exposé des motifs de l'ordonnance attaquée, la juge Heneghan paraît d'avis que le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve comprend trois facteurs, soit ceux qui sont formulés dans la décision *Eli Lilly*, précitée. Par contre, le juge Beaudry a récemment posé en principe que la Cour peut autoriser le dépôt de preuve complémentaire quand sont remplies les quatre conditions que prévoit *Atlantic Engraving* : *Purdue Pharma c. Novopharm*, 2006 CF 385 (*Purdue*), au paragraphe 13. La protonotaire Tabib fait de même observer dans l'exposé des motifs de l'ordonnance ici contestée que l'arrêt *Atlantic Engraving* ajoute la nécessité de prendre en considération la question de la « disponibilité » aux trois volets du critère traditionnel formulé dans *Eli Lilly*. Dans la récente décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* 2006 CF 790, le juge Lemieux, se référant à la fois à *Eli Lilly* et à *Atlantic Engraving*, a confirmé une décision de protonotaire autorisant le requérant à signifier et déposer un affidavit en réponse. Cependant, il l'a fait en se fondant sur la différence qui sépare les affidavits en réponse des affidavits complémentaires et n'a pas établi de manière concluante si le critère applicable aux requêtes en autorisation de

[18] The confusion as to the test to grant leave to file reply evidence arises out of attempts to determine the reach of paragraphs 8 and 9 of the Federal Court of Appeal's *Atlantic Engraving* decision. I reproduce the paragraphs below:

Pursuant to rule 306 of the *Federal Court Rules, 1998*, an applicant has thirty days from the filing of its notice of application to file its supporting affidavits and exhibits (appeals under section 56 of the *Trade-marks Act* fall within Part 5 of the Rules entitled "Applications" (rules 300 to 334) and therefore must be commenced by way of a notice of application). By exception, rule 312 allows a party, with leave of the Court, to file additional affidavits. Under that rule, the Court may allow the filing of additional affidavits if the following requirements are met:

- i) The evidence to be adduced will serve the interests of justice;
- ii) The evidence will assist the Court;
- iii) The evidence will not cause substantial or serious prejudice to the other side (see *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (T.D.); *Robert Mondavi Winery v. Spagnol's Wine & Beer Making Supplies Ltd.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 331 (T.D.)).

Further, an applicant, in seeking leave to file additional material, must show that the evidence sought to be adduced was not available prior to the cross-examination of the opponent's affidavits. Rule 312 is not there to allow a party to split its case and a party must put its best case forward at the first opportunity (see *Salton Appliances (1985) Corp. v. Salton Inc.* (2000), 181 F.T.R. 146, 4 C.P.R. (4th) 491 (T.D.); *Inverhuron & District Ratepayers Assn. v. Canada (Min. of Environment)* (2000), 180 F.T.R. 314 (T.D.)).

[19] Pfizer suggests that the Federal Court of Appeal's comments in paragraph 9 of *Atlantic Engraving* do not apply to PM(NOC) proceedings. There is nothing on the face of the Federal Court of Appeal's decision suggesting that its reasons should not apply with equal force to the PM(NOC) proceedings. Although *Atlantic Engraving* was a trade-marks case, in

dépôt de contre-preuve comprend trois ou quatre conditions.

[18] La confusion concernant le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve découle des efforts déployés pour préciser la portée des paragraphes 8 et 9 de l'arrêt *Atlantic Engraving* de la Cour d'appel fédérale, qui sont rédigés comme suit :

Conformément à la règle 306 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, un demandeur dispose de trente jours à compter du dépôt de son avis de demande pour déposer les affidavits et les pièces qu'il entend utiliser à l'appui de sa demande (les appels interjetés en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* relèvent de la Partie 5 des Règles intitulée « Demandes » (règles 300 à 334) et doivent donc être introduits par voie d'avis de demande). Exceptionnellement, la règle 312 prévoit qu'une partie peut, avec l'autorisation de la Cour, déposer des affidavits complémentaires. Aux termes de cette règle, la Cour peut autoriser le dépôt d'affidavits complémentaires lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- i) Les éléments de preuve vont dans le sens des intérêts de la justice;
- ii) Les éléments de preuve aideront la Cour;
- iii) Les éléments de preuve ne causeront pas de préjudice grave à la partie adverse (voir *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (1^{re} inst.); *Robert Mondavi Winery c. Spagnol's Wine & Beer Making Supplies Ltd.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 331 (1^{re} inst.)).

De plus, lorsqu'il sollicite l'autorisation de déposer des documents complémentaires, le demandeur doit démontrer que les éléments de preuve qu'il cherche à produire n'étaient pas disponibles avant le contre-interrogatoire relatif aux affidavits de la partie adverse. Une partie ne peut se servir de la règle 312 pour diviser sa cause et elle est tenue de présenter la meilleure preuve le plus tôt possible (voir *Salton Appliances (1985) Corp. c. Salton Inc.* (2000), 181 F.T.R. 146, 4 C.P.R. (4th) 491 (1^{re} inst.); *Inverhuron & District Ratepayers Assn. c. Canada Ministre de l'Environnement* (2000), 180 F.T.R. 314 (1^{re} inst.)).

[19] Pfizer avance que les observations formulées par la Cour d'appel fédérale au paragraphe 9 de l'arrêt *Atlantic Engraving* ne s'appliquent pas aux instances relevant du RMB(AC). Cependant, rien dans l'exposé de motifs de la Cour d'appel fédérale ne donne à penser qu'il ne s'appliquerait pas tout autant aux instances relevant du RMB(AC). Bien que l'arrêt *Atlantic*

my view the Federal Court of Appeal's comments with respect to the rules governing the filing of additional affidavits apply to all motions brought under rule 312.

[20] Pfizer also attempts to limit the reach of *Atlantic Engraving* by suggesting that it only applies to situations where cross-examination has already taken place. Although cross-examinations already occurred in *Atlantic Engraving*, the Federal Court of Appeal's reasoning in paragraph 9 of its decision suggests that a party must put its best case forward at the first opportunity and must not be able to split its case. While this meant that in *Atlantic Engraving* a party had to demonstrate that the evidence it sought to adduce was not available prior to the cross-examination stage, in other cases, a party seeking to adduce evidence may need to show that its evidence was not available at some other earlier date (such as at the time of filing its first affidavit evidence), in order to satisfy the Court that it is not attempting to split its case or is otherwise failing to put its best case forward at the first opportunity. I do not read the Federal Court of Appeal's reasoning as being limited to cases where cross-examination has already taken place. Rather, I extract from *Atlantic Engraving* the general concern that rule 312 should not be used to allow a party to split its case or to delay putting its best case forward.

[21] In sum, I believe that the Federal Court of Appeal's decision in *Atlantic Engraving* dictates that the availability of evidence is an additional factor that must be considered as part of the test for granting leave to file additional affidavit material. While Pfizer submits that such a factor does not apply to PM(NOC) proceedings, in my view the availability of evidence plays an important role in safeguarding the legislative intent, which Prothonotary Tabib accurately described as being "that NOC proceedings should be summary in nature and proceeded with expeditiously."

Engraving portait sur une affaire de marques de commerce, les observations de la Cour d'appel fédérale touchant les règles qui régissent le dépôt d'affidavits complémentaires s'appliquent à mon sens à toutes les requêtes formées sous le régime de la règle 312.

[20] Pfizer essaie aussi de limiter la portée de l'arrêt *Atlantic Engraving* en avançant qu'il ne s'applique qu'aux cas où le contre-interrogatoire a déjà eu lieu. S'il est vrai que les contre-interrogatoires avaient déjà été effectués dans l'affaire *Atlantic Engraving*, le raisonnement de la Cour d'appel fédérale consigné au paragraphe 9 de son exposé de motifs donne à penser qu'une partie est tenue de présenter la meilleure preuve aussitôt que possible et qu'il ne doit pas lui être permis de diviser sa cause. Cela signifiait, dans le contexte d'*Atlantic Engraving*, que le requérant devait démontrer que la preuve qu'il voulait obtenir l'autorisation de produire n'était pas disponible avant l'étape des contre-interrogatoires, mais il peut arriver dans d'autres affaires que le requérant doive établir que sa preuve n'était pas disponible avant une étape antérieure (par exemple, le moment du dépôt de sa preuve par affidavit principale) pour convaincre la Cour qu'il n'essaie pas de diviser sa cause ou ne manque pas autrement à son obligation de présenter la meilleure preuve aussitôt que possible. Je n'interprète pas le raisonnement de la Cour d'appel fédérale comme étant limité aux cas où le contre-interrogatoire a déjà eu lieu. Je constate plutôt que l'arrêt *Atlantic Engraving* exprime le souci général que la règle 312 ne soit pas utilisée pour permettre à une partie de diviser sa cause ou de différer la présentation de la meilleure preuve.

[21] Bref, je pense que l'arrêt *Atlantic Engraving* pose en principe que la disponibilité antérieure de la preuve est un autre facteur qui doit être pris en considération dans le cadre du critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt d'affidavits complémentaires. Pfizer soutient qu'un tel facteur ne s'applique pas aux instances relevant du RMB(AC), mais il me semble que la règle de la disponibilité antérieure de la preuve joue un rôle important dans l'accomplissement de la volonté du législateur, que la protonotaire Tabib a définie avec raison comme étant [TRADUCTION] « que les instances relatives aux AC soient de nature sommaire et expéditive ».

[22] I therefore agree with Justice Beaudry in *Purdue*, above, at paragraphs 12 and 13, that there are four factors to consider before leave to file additional material can be granted pursuant to rule 312:

Rule 312 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 gives the Court a discretionary power to allow parties to file supplementary evidence. In *Mazhero v. Canada (Industrial Relations Board)*, 2002 FCA 295, [2002] F.C.J. No. 1112 (F.C.A.) (QL), Justice John M. Evans wrote that applications for judicial review were summary proceedings that should be determined without undue delay, and that the discretion of the Court to permit the filing of additional material should be exercised with great circumspection.

In *Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein*, 2002 FCA 503, [2002] F.C.J. No 1782 (F.C.A.) (QL), Justice Marc Nadon stated that the Court may allow the filing of additional evidence if the following requirements are met:

- a) the evidence to be adduced will serve the interests of justice;
- b) the evidence will assist the Court;
- c) the evidence will not cause substantial or serious prejudice to the other side;
- d) the evidence was not available at an earlier date. [Emphasis removed.]

[23] It follows that the Prothonotary correctly described the test for granting leave to file reply evidence, and her order was therefore not clearly wrong on this basis.

[24] In short, in my view the Prothonotary did not misconstrue the test for granting leave to file additional evidence pursuant to rule 312 of the *Federal Courts Rules*, nor did she err in her application of the test.

ORDER

THIS COURT ORDERS that the motion is denied with costs.

[22] Je souscris donc aux observations formulées par le juge Beaudry dans *Purdue*, précitée, aux paragraphes 12 et 13, selon lesquelles il y a quatre facteurs à prendre en considération avant de pouvoir autoriser le dépôt de pièces complémentaires sous le régime de la règle 312 :

L'article 312 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser les parties à déposer des éléments de preuve complémentaires. Dans la décision *Mazhero c. Canada (Conseil canadien des relations industrielles)*, 2002 CAF 295, [2002] A.C.F. n° 1112 (C.A.F.) (QL), le juge John M. Evans a écrit que les demandes de contrôle judiciaire sont des procédures sommaires dont la décision ne devrait pas souffrir de retard injustifié et que le pouvoir discrétionnaire de la Cour de permettre le dépôt de documents additionnels devrait être exercé avec une grande circonspection.

Dans la décision *Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein*, 2002 CAF 503, [2002] A.C.F. n° 1782 (C.A.F.) (QL), le juge Marc Nadon a dit que la Cour peut autoriser le dépôt de preuve complémentaire lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a) Les éléments de preuve vont dans le sens des intérêts de la justice.
- b) Les éléments de preuve aideront la Cour.
- c) Les éléments de preuve ne causeront pas de préjudice grave à la partie adverse.
- d) Les éléments de preuve n'étaient pas disponibles auparavant. [Soulignement omis.]

[23] Il s'ensuit que la protonotaire a défini correctement le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve et que son ordonnance n'est donc pas entachée d'erreur flagrante à cet égard.

[24] Bref, à mon sens, la protonotaire n'a commis d'erreur ni dans l'interprétation ni dans l'application du critère auquel est subordonnée l'autorisation de déposer des éléments de preuve complémentaires sous le régime de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales*.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la requête soit rejetée avec dépens.