

T-1836-06
2007 FC 1095

T-1836-06
2007 CF 1095

Altana Pharma Inc. and Altana Pharma AG
(Applicants)

Altana Pharma Inc. et Altana Pharma AG
(demandereses)

v.

c.

Novopharm Limited and The Minister of Health
(Respondents)

Novopharm Limited et le ministre de la Santé
(défendeurs)

INDEXED AS: ALTANA PHARMA INC. v. NOVOPHARM LTD.
(F.C.)

RÉPERTORIÉ : ALTANA PHARMA INC. c. NOVOPHARM LTD.
(C.F.)

Federal Court, Phelan J.—Toronto, July 23; Ottawa,
October 23, 2007.

Cour fédérale, juge Phelan—Toronto, 23 juillet; Ottawa,
23 octobre 2007.

Evidence — Appeal, cross-appeal from Prothonotary's decision wherein concluded case law interpreting Canada Evidence Act, s. 7 as allowing parties in trial or proceeding to call five experts per issue without leave of court, rejected applicants' motion for leave to call more than that — Case law on which Court proceeding to date not settling interpretation of s. 7, necessary to consider that section more directly in light of recent authority — S. 7 read as limiting each side to five experts per case unless leave granted to call more — Appeal allowed; cross-appeal subject-matter referred back to Prothonotary.

Preuve — Appel et appel incident de la décision de la protonotaire, qui a conclu que la jurisprudence portant sur l'interprétation de l'art. 7 de la Loi sur la preuve au Canada autorise cinq experts par question pour chaque partie à un procès ou à une autre procédure sans avoir à demander la permission du tribunal, et qui a rejeté la demande de permission des demandereses pour appeler plus de cinq experts — La jurisprudence sur laquelle la Cour s'est fondée jusqu'ici ne détermine pas l'interprétation de l'art. 7 et cette disposition a donc été examinée de manière plus directe dans le contexte de la jurisprudence récente — L'art. 7 est interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l'affaire, à moins d'obtenir la permission de la Cour d'en appeler plus — Appel accueilli; le sujet de l'appel incident a été renvoyé à la protonotaire.

Construction of Statutes — Whether Canada Evidence Act, s. 7 limiting number of experts to be called without leave of court to five per issue or five per case — Purpose of s. 7 to prevent abuse, trouble, expense, delay caused by excessive use of expert evidence — As s. 7 providing court with discretion to increase number of experts, inconsistent with intent of provision to expand restriction by reading in words "per issue" — Taking into account remedial nature of provision, plain wording, purpose, mischief to be cured, s. 7 read as limiting each side to five experts per case subject to leave of court to vary number.

Interprétation des lois — Il s'agissait de savoir si l'art. 7 de la Loi sur la preuve au Canada limite le nombre d'experts à appeler sans la permission de la Cour à cinq par question ou à cinq dans le cadre de l'affaire — L'art. 7 a pour objet d'éviter les abus, les difficultés, les frais et les retards imputables à l'utilisation excessive de la preuve d'expert — Comme l'art. 7 confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre d'experts, il ne serait pas conforme à l'intention de la disposition d'étendre la restriction en y lisant les mots « par question » — Compte tenu de la nature réparatrice de la disposition, de son sens ordinaire, de son objet et des effets néfastes à remédier, l'art. 7 doit être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l'affaire, sous réserve de la permission de la Cour de modifier ce nombre.

Judges and Courts — Judicial comity — Whether Federal Court bound by Federal Court decision which relied on cases subsequently overturned or decided opposite to understanding of Judge, and made without benefit of relevant F.C.A. decision

Juges et Tribunaux — Courtoisie judiciaire — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale était liée par l'une de ses décisions antérieures qui reposait sur des affaires qui ont été infirmées par la suite ou qui allaient à l'encontre de la

— *Review of principles governing application of stare decisis of judgments of same court.*

This was an appeal and a cross-appeal from a Prothonotary's order arising in the context of notice of compliance proceedings. The Prothonotary considered herself bound by *Merck & Co. v. Canada (Minister of Health)*, which she understood to have concluded that section 7 of the *Canada Evidence Act* limits a party to five experts per issue (as opposed to five experts per case) unless leave of the Court is secured. Novopharm Limited appealed this decision on the basis that section 7 should be interpreted as limiting each party to five experts regardless of the number of issues requiring expert evidence, whereas the applicants appealed the Prothonotary's decision rejecting their motion for leave to call more than five experts per issue.

The central issue was whether the Court has settled its interpretation of section 7 of the Act, and if so, whether it should be reviewed.

Held, the appeal should be allowed; the subject-matter of the cross-appeal should be referred back to the Prothonotary.

The case law on which *Merck & Co.* was founded was considered, and in particular the decision of Reed J. in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, on the basis of which the Court has proceeded to date. The cases relied upon by Reed J. in her decision did not support her understanding that section 7 was limited to five witnesses per subject-matter. Some of those decisions had been overturned, while others dealt with *The Alberta Evidence Act*, a very different statute from the *Canada Evidence Act* and other provincial evidence Acts. There has also been more recent comment from the Supreme Court of Canada outlining the mischief to which section 7 was directed and that likely would have influenced Reed J. Section 7 was therefore considered more directly in the light of recent authority.

The purpose of section 7 of the *Canada Evidence Act* is to restrict the number of expert witnesses to prevent abuse, trouble, expense and delay caused by the excessive use of expert evidence. Because section 7 gives the court discretion to increase the number of experts as justice requires, it would be inconsistent with the overall intent and purpose of the provision to interpret the restriction as applying to each and every issue that may arise. Such an interpretation creates the very mischief the provision was intended to cure. This purposive interpretation is supported by a plain meaning analysis of the provision, wherein no reference is made to

conception qu'avait la juge, qui n'avait pas en main la décision pertinente de la C.A.F. — Révision des principes régissant l'application du principe du stare decisis en rapport avec les jugements du même tribunal.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident relatifs à une ordonnance de la protonotaire rendue dans le cadre d'une procédure relative à un avis de conformité. La protonotaire s'estimait liée par la décision rendue dans l'affaire *Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)* qui conclut, selon elle, que l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* limite une partie à cinq experts par question (par opposition à cinq experts dans le cadre de l'affaire), à moins d'obtenir la permission de la Cour. Novopharm Limited a porté cette décision en appel au motif que l'article 7 devrait être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts, indépendamment du nombre de questions exigeant une preuve d'expert alors que les demandereses ont porté appel de la décision de la protonotaire rejetant leur demande de permission pour appeler plus de cinq experts par question.

La question fondamentale consistait à savoir si la Cour avait déterminé son interprétation de l'article 7 de la Loi et, dans l'affirmative, s'il fallait la réviser.

Arrêt : l'appel doit être accueilli; le sujet de l'appel incident doit être renvoyé à la protonotaire.

La jurisprudence sur laquelle l'affaire *Merck & Co.* repose a été passée en revue, notamment la décision de la juge Reed dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, sur laquelle la Cour s'est appuyée jusqu'ici. Les affaires dont la juge Reed s'est inspirée pour rendre sa décision n'étaient pas sa conception que l'article 7 était limité à cinq témoins par sujet. Certaines de ces décisions avaient été infirmées alors que d'autres portaient sur l'*Alberta Evidence Act*, une loi nettement différente de la *Loi sur la preuve au Canada* et d'autres lois provinciales sur la preuve. Des commentaires plus récents de la Cour suprême du Canada décrivent l'effet néfaste que vise l'article 7 et ils auraient vraisemblablement influencé la juge Reed. L'article 7 a donc été examiné de manière plus directe dans le contexte de la jurisprudence récente.

L'objet de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* est de limiter le nombre d'experts pour éviter les abus, les difficultés, les frais et les retards imputables à l'utilisation excessive de la preuve d'expert. Comme l'article 7 confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre d'experts qu'exige la justice, il ne serait pas conforme à l'intention générale de la disposition d'interpréter la restriction comme s'appliquant à la moindre question qui est susceptible de se poser. Cette interprétation crée l'effet néfaste même que la disposition visait à remédier. Cette interprétation fondée sur l'objet visé de la disposition est étayée par une analyse du

“issues”. A look at comparable provisions in other provincial Acts also supports this interpretation.

For all of these reasons, taking into account the remedial nature of the provision, its plain wording, its purpose and the mischief to be cured (or caused by an alternative interpretation), section 7 should be read as limiting each side to five experts in the case subject to the court’s leave to vary that number.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Alberta Evidence Act (The), S.A. 1910 (2nd Sess.), c. 3, s. 10.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 7.
Evidence Act (The), R.S.O. 1914, c. 76, s. 10.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 300 (as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR /93-133.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd. (1997), 147 D.L.R. (4th) 673; 73 C.P.R. (3d) 371; 130 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); affd [2001] 2 F.C. 502; (2000), 195 D.L.R. (4th) 547; 10 C.P.R. (4th) 10; 265 N.R. 137 (C.A.).

APPLIED:

Merck & Co v. Apotex Inc., [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33.

DISTINGUISHED:

Cooper and Smith v. Molsons Bank (1896), 26 S.C.R. 611.

CONSIDERED:

Merck & Co. v. Canada (Minister of Health) (2003), 30 C.P.R. (4th) 342; 245 F.T.R. 17; 2003 FC 1511; *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex*, T-867-02, Pinard J.,

sens ordinaire de son libellé, où le mot « questions » n’est pas mentionné. Une comparaison des dispositions semblables d’autres lois provinciales étaye aussi cette interprétation.

Pour tous ces motifs, en tenant compte de la nature réparatrice de la disposition, de son sens ordinaire, de son objet et des effets néfastes à remédier (ou causés par une autre interprétation), l’article 7 doit être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l’affaire, sous réserve de la permission de la Cour de modifier ce nombre.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Alberta Evidence Act (The), S.A. 1910 (2nd Sess.), ch. 3, art. 10.
Evidence Act (The), R.S.O. 1914, ch. 76, art. 10.
Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 7.
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), 300 (mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd., [1997] A.C.F. n° 488 (1^{re} inst.) (QL); conf. par [2001] 2 C.F. 502 (C.A.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Merck & Co. c. Apotex Inc., [2004] 2 R.C.F. 459; 2003 CAF 488; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Cooper and Smith v. Molsons Bank (1896), 26 R.C.S. 611.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Merck & Co. v. Canada (Ministre de la Santé), 2003 CF 1511; *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex*, T-867-02, le juge Pinard, décision en date du 4-9-03, C.F. 1^{re} inst.; *Buttrum*

decision dated 4/9/03, F.C.T.D.; *Buttrum v. Udell* (1925), 57 O.L.R. 97; [1925] 3 D.L.R. 45; 28 O.W.N. 137 (C.A.); *In re Scamen et al. v. Canadian Northern R. Co.* (1926), 6 D.L.R. 142 (Alta. S.C.); *Fagnan v. Ure Estate*, [1958] S.C.R. 377; (1958), 13 D.L.R. (2d) 273; *Hamilton v. Brusnyk and Demchuk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600; 34 W.W.R. 172 (Alta. S.C.); *R. v. Morin*, [1991] O.J. No. 2528 (Gen. Div.) (QL); *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713; 45 W.W.R. 513 (Man. Q.B.); *affd* (1964), 49 D.L.R. (2d) 91; 50 W.W.R. 415 (Man. C.A.); *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2007 FC 1041; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 134; 20 C.P.C. (4th) 350; 59 O.T.C. 321 (Gen. Div.); *Holmes v. Jarrett* (1993), 68 O.R. (3d) 667; [1993] I.L.R. 2371 (Gen. Div.); *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275; (2000), 191 D.L.R. (4th) 60; 148 C.C.C. (3d) 41; 36 C.R. (5th) 261; 259 N.R. 156; 136 O.A.C. 201; 2000 SCC 43; *R. v. Phoenix Assurance Company Limited*, [1976] 2 F.C. 649; [1976] I.L.R. 262 (T.D.).

AUTHORS CITED

Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.

APPEAL and CROSS-APPEAL from the decision of a Prothonotary ((2007), 58 C.P.R. (4th) 192; 2007 FC 637) concluding that section 7 of the *Canada Evidence Act* allowed the applicants to call five experts per issue, but rejecting their motion for leave to call more than that. Appeal allowed; subject-matter of cross-appeal referred back to the Prothonotary.

APPEARANCES:

Neil R. Belmore and *Natalie Rizkalla-Kamel* for applicants.
Andrew Skodyn and *Mark Edward Davis* for respondent Novopharm Limited.
 No one appearing for respondent Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for applicants.
Heenan Blaikie LLP, Toronto, for respondent

v. Udell (1925), 57 O.L.R. 97; [1925] 3 D.L.R. 45; 28 O.W.N. 137 (C.A.); *In re Scamen et al. v. Canadian Northern R. Co.* (1926), 6 D.L.R. 142 (C.S. Alb.); *Fagnan v. Ure Estate*, [1958] R.C.S. 377; (1958), 13 D.L.R. (2d) 273; *Hamilton v. Brusnyk and Demchuk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600; 34 W.W.R. 172 (C.S. Alb.); *R. v. Morin*, [1991] O.J. n° 2528 (Div. gén.) (QL); *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713; 45 W.W.R. 513 (B.R. Man.); *conf. par* (1964), 49 D.L.R. (2d) 91; 50 W.W.R. 415 (C.A. Man.); *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 1041; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 134; 20 C.P.C. (4th) 350; 59 O.T.C. 321 (Div. gén.); *Holmes v. Jarrett* (1993), 68 O.R. (3d) 667; [1993] I.L.R. 2371 (Div. gén.); *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275; 2000 CSC 43; *R. c. Phoenix Assurance Company Limited*, [1976] 2 C.F. 649 (1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville : Yvon Blais, 1983.

APPEL et APPEL INCIDENT de la décision ((2007), 58 C.P.R. (4th) 192; 2007 FC 637) de la protonotaire, qui a conclu que l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* permettait aux demanderessees d'appeler cinq experts par question, mais rejetant leur demande de permission d'appeler plus de cinq experts. Appel accueilli; le sujet de l'appel incident a été renvoyé à la protonotaire.

ONT COMPARU :

Neil R. Belmore et *Natalie Rizkalla-Kamel* pour les demanderessees.
Andrew Skodyn et *Mark Edward Davis* pour la défenderesse Novopharm Limited.
 Personne n'a comparu pour le défendeur le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., Toronto, pour les demanderessees.
Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., srl, Toronto, pour la

Novopharm Limited.

The following are the reasons for order rendered in English by

PHELAN J.:

I. INTRODUCTION

[1] This is an appeal and cross-appeal from a prothonotary's order in which the central issue is whether a party is permitted without leave of the Court to have five expert witnesses "per issue" in a case or five experts "per case" under section 7 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA) [(2007), 58 C.P.R. (4th) 192 (F.C.)]. The proceedings in question are an "NOC proceeding", a proceeding under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (NOC Regulations). This case requires a review of the Court's jurisprudence on section 7 of the CEA.

7. Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without the leave of the court or judge or person presiding.

[2] For the reasons outlined, the Court has concluded that section 7 permits each side in a trial or other proceeding only five experts without leave of the Court to increase the number of experts to be called or where evidence may be relied upon.

II. BACKGROUND

[3] On September 5, 2006, Novopharm Limited (Novopharm) filed a purported notice of allegation (NOA) on Altana Pharma Inc. and Altana Pharma AG (Altana). The patents in question are Canadian patent nos. 2089748 and 2092694.

défenderesse Novopharm Limited.

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

LE JUGE PHELAN :

I. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel et d'un appel incident relatifs à une ordonnance d'une protonotaire où la question fondamentale consiste à savoir si une partie peut, sans la permission de la Cour, appeler cinq témoins experts « par question » dans une affaire ou cinq experts « par affaire » aux termes de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC) [(2007), 58 C.P.R. (4th) 192 (C.F.)]. L'instance en question est une « procédure relative à un avis de conformité », introduite sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). La présente affaire requiert un examen de la jurisprudence de la Cour concernant l'article 7 de la LPC.

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.

[2] Pour les motifs exposés, la Cour a conclu que l'article 7 n'autorise que cinq experts pour chaque partie à un procès ou à une autre procédure sans avoir à demander la permission du tribunal pour majorer le nombre d'experts à appeler ou s'il y a des éléments de preuve sur lesquels il est possible de se fonder.

II. LE CONTEXTE

[3] Le 5 septembre 2006, Novopharm Limited (Novopharm) a déposé un prétendu avis d'allégation concernant Altana Pharma Inc. et Altana Pharma AG (Altana). Les brevets en question sont les brevets canadiens portant les numéros 2089748 et 2092694.

[4] As part of the NOC proceedings, Altana served Novopharm with affidavits from 13 expert witnesses and two fact witnesses. Altana did not seek leave of the Court pursuant to section 7 of the CEA prior to filing these expert affidavits.

[5] Novopharm moved before the learned Prothonotary for an order that Altana comply with the five witnesses per case rule which it argues is imposed by section 7 of the CEA. Altana denied that it was in breach of section 7 but moved, by cross-motion, for leave to file all the expert evidence tendered, if it was found that leave was required.

[6] The learned Prothonotary agreed with the respondent Novopharm's argument that section 7 should be interpreted as limiting each party to five expert witnesses, regardless of the number of issues requiring expert evidence. However, the learned Prothonotary considered herself bound by the decision in *Merck & Co. v. Canada (Minister of Health)* (2003), 30 C.P.R. (4th) 342 (F.C.) (*Merck* 2003) which she understood to have concluded that section 7 limits a party/side to five experts per issue unless leave of the Court is secured. She succinctly put the issue forward [at paragraph 5] as:

I am therefore clearly bound to interpret section 7 as applicable to issues in the case, and the Respondent will have to take its argument on that matter to a Judge of this Court or to the Court of Appeal.

[7] Having reached that legal conclusion in principle in favour of Altana, the learned Prothonotary went on to consider how many issues were in the case and whether the "five expert witness per issue" rule should be applied to each issue. The learned Prothonotary concluded, in dismissing Altana's motion for leave to admit more than five expert witnesses per issue, that Altana could not rely on more than five expert affidavits of the 11 expert affidavits filed and then having accepted that two specific affidavits out of the 11 affidavits were necessary, ordered Altana to choose within five days which three further affidavits would be relied upon.

[4] Dans le cadre de la procédure relative à l'avis de conformité, Altana a signifié à Novopharm des affidavits provenant de 13 témoins experts et de deux témoins de fait. Avant de déposer ces affidavits d'expert, Altana n'a pas demandé la permission de la Cour, comme le prévoit l'article 7 de la LPC.

[5] Novopharm a présenté une requête à la protonotaire en vue d'obtenir une ordonnance prescrivant qu'Altana se conforme à la règle des cinq témoins par affaire qu'impose, soutient-elle, l'article 7 de la LPC. Altana a nié avoir contrevenu à cet article mais elle a demandé, par la voie d'une requête incidente, l'autorisation de déposer l'ensemble de la preuve d'expert produite s'il était conclu qu'il fallait obtenir la permission du tribunal.

[6] La protonotaire a souscrit à l'argument de la défenderesse Novopharm selon lequel il convient d'interpréter l'article 7 comme limitant chaque partie à cinq témoins experts, indépendamment du nombre de questions exigeant une preuve d'expert. Cependant, la protonotaire a estimé qu'elle était liée par la décision rendue dans l'affaire *Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1511 (*Merck* 2003), laquelle conclut, à son avis, que l'article 7 limite une partie ou un côté à cinq experts par question à moins d'obtenir la permission de la Cour. Elle a exposé le problème en termes succincts [au paragraphe 5] :

[TRADUCTION] Je suis donc clairement tenue d'interpréter l'article 7 comme s'appliquant aux questions en litige de l'espèce; la défenderesse devra soumettre son argument relatif à cette affaire à un juge de la Cour ou à la Cour d'appel.

[7] Ayant tiré cette conclusion juridique de principe en faveur d'Altana, la protonotaire a ensuite examiné combien de questions comportait l'affaire et s'il fallait appliquer à chacune la règle des « cinq témoins experts par question ». En rejetant la demande de permission d'Altana pour admettre plus de cinq témoins experts par question, la protonotaire a conclu qu'Altana ne pouvait pas se fonder sur plus de cinq des 11 affidavits d'experts déposés et, ensuite, ayant reconnu que, sur ces 11 affidavits, deux en particulier étaient nécessaires, elle a ordonné à Altana de choisir dans les cinq jours suivants les trois autres affidavits sur lesquels elle se fonderait.

[8] In the *Merck* 2003 decision to which the learned Prothonotary referred, the Court held that the same Prothonotary had erred in law by ignoring and failing to follow the jurisprudence of this Court in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1997), 147 D.L.R. (4th) 673 (F.C.T.D.) (*Eli Lilly* 1997), a decision of Reed J., and *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex* (September 4, 2003) Ottawa T-867-02 (T.D.) (*GlaxoSmith* 2003), a decision of Pinard J. The *Eli Lilly* 1997 decision was upheld on appeal without any reference to the section 7 issue [[2001] 2 F.C. 502 (C.A.)]. Therefore, the only substantive decisions on this matter are those of this Court.

[9] Both sides have appealed the learned Prothonotary's decision; Novopharm to restrict Altana to five experts per case; Altana to secure leave to rely on more than five experts per issue.

III. LEGAL ANALYSIS

[10] As indicated earlier, the central issue is not really whether the learned Prothonotary is bound by precedent of this Court—it is obvious that she is. The central issue is whether this Court has settled its interpretation of section 7 of the CEA and, if so, whether it should be reviewed.

[11] Regarding the standard of review, as held in *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.), this Court will review discretionary decisions of a prothonotary *de novo* where:

- (a) the question raised in the motion is vital to the final issue of the case; or
- (b) the order is clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts.

On the issue of error of law, the standard, as held in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, is correctness.

[8] Dans la décision *Merck* 2003 à laquelle la protonotaire a fait référence, la Cour a statué que la même protonotaire avait commis une erreur de droit en faisant abstraction de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 488 (1^{re} inst.) (QL) (*Eli Lilly* 1997), une décision de la juge Reed, et dans l'affaire *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex* (4 septembre 2003) Ottawa T-867-02 (1^{re} inst.) (*GlaxoSmith* 2003), une décision du juge Pinard. La décision *Eli Lilly* 1997 a été confirmée en appel sans qu'il soit fait référence à la question relative à l'article 7 [[2001] 2 C.F. 502 (C.A.)]. C'est donc dire que les seules décisions de fond sur cette affaire sont celles de la Cour.

[9] Les deux parties ont porté en appel la décision de la protonotaire : Novopharm pour limiter Altana à cinq experts par affaire, Altana pour obtenir la permission de se fonder sur plus de cinq experts par question.

III. ANALYSE JURIDIQUE

[10] Comme il a été dit plus tôt, la question fondamentale ne consiste pas réellement à savoir si la protonotaire est liée par la jurisprudence de la Cour—il est évident qu'elle l'est. La question fondamentale consiste plutôt à savoir si la Cour a déterminé son interprétation de l'article 7 de la LPC et, dans l'affirmative, s'il faudrait la réviser.

[11] Pour ce qui est de la norme de contrôle applicable, comme il est indiqué dans l'arrêt *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.), la Cour contrôlera *de novo* une décision discrétionnaire d'un protonotaire lorsque :

- a) l'ordonnance porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal; ou
- b) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits.

Pour ce qui est de la question d'une erreur de droit, la norme, comme il est mentionné dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, est la décision correcte.

[12] The learned Prothonotary's decision involved both an issue of law and the exercise of discretion. The basis of the exercise of discretion was coloured by what the learned Prothonotary considered, quite reasonably, the principle from *Merck 2003* that each side was entitled to five experts per issue. The manner in which she reached her conclusion as to which witnesses could be relied upon was influenced by her understanding of the operation of section 7.

[13] Therefore, the Court will, to the extent necessary in this matter, consider the learned Prothonotary's decision *de novo* and the principle of law at issue on the standard of correctness.

A. Court's Jurisprudence

[14] The legal issue in this appeal is rooted in Justice Reed's decision in *Eli Lilly 1997*. However, the decision to which the learned Prothonotary referred was that of *Merck 2003*. Justice Heneghan took it as settled jurisprudence on the basis of *Eli Lilly 1997* and *GlaxoSmith 2003* that this Court had determined that each party was entitled as of right to rely on five experts per issue in each case. Having accepted that premise, the Court's attention was more particularly focused on the ability of a prothonotary to depart from presumed jurisprudence rather than an in-depth review of that jurisprudence.

[15] In *GlaxoSmith 2003*, an unreported decision of Justice Pinard decided three months before *Merck 2003*, the relief requested was an order striking Apotex' affidavits that exceeded the number allowed in section 7 of the CEA. The motion was dismissed for the following reasons:

- the applicants had unreasonably delayed in bringing this motion;
- the motion was premature as the matter of striking the affidavits should have been left to the judge hearing the main application;

[12] La décision de la protonotaire portait à la fois sur une question de droit et sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire était teinté par ce que la protonotaire a considéré, de façon tout à fait raisonnable, comme étant le principe tiré de *Merck 2003*, à savoir que chaque côté avait droit à cinq experts par question. La manière dont elle est arrivée à sa conclusion, quant aux témoins sur lesquels il était possible de se fonder, a été influencée par sa conception de l'application de l'article 7.

[13] De ce fait, dans la mesure où cela est nécessaire en l'espèce, la Cour examinera *de novo* la décision de la protonotaire et le principe de droit en cause suivant la norme de la décision correcte.

A. La jurisprudence de la Cour

[14] La question de droit sur laquelle porte le présent appel trouve sa source dans la décision que la juge Reed a rendue dans l'affaire *Eli Lilly 1997*. Cependant, la décision à laquelle la protonotaire a fait référence est *Merck 2003*. La juge Heneghan a considéré comme faisant partie de la jurisprudence établie, en s'appuyant sur les décisions *Eli Lilly 1997* et *GlaxoSmith 2003*, que la Cour avait conclu que chaque partie était en droit de se fonder sur cinq experts par question dans chaque affaire. Ayant accepté cette prémisse, la Cour a plus particulièrement axé son attention sur la capacité d'un protonotaire de s'écarter d'une jurisprudence présumée, plutôt que sur un examen approfondi de cette jurisprudence.

[15] Dans la décision *GlaxoSmith 2003*—une décision non publiée du juge Pinard, rendue trois mois avant la décision *Merck 2003*—le redressement demandé était une ordonnance radiant les affidavits d'Apotex qui excédaient le nombre autorisé à l'article 7 de la LPC. La requête a été rejetée pour les motifs suivants :

- les demandereses avaient tardé de manière déraisonnable à déposer cette requête;
- la requête était prématurée, car on aurait dû laisser au juge instruisant la demande principale le soin de trancher la question de la radiation des affidavits;

• NOC proceedings are to be decided expeditiously; and

• “In any event, it is not clear and obvious to me that the evidence served and filed by the respondent Apotex Inc. comprises, with respect to any single issue, more than five experts.” The Court then cited *Eli Lilly* 1997, at pages 713-715.

[16] There may have been an assumption in *GlaxoSmith* 2003 that the rule was five experts per issue, but there was no specific conclusion on this point. As will be discussed, the reference to that part of the *Eli Lilly* 2003 decision is not a clear unequivocal ruling on the point.

[17] In *Eli Lilly* 1997, Justice Reed was dealing with an action to stop the marketing of the generic version of “Prozac.” The action was grounded in passing-off. Importantly, the decision involved three cases of a single plaintiff and a separate defendant in each case. The result is that the decision had one plaintiff and three defendants. The issue of how many “sides” there were is critical to an understanding of Justice Reed’s section 7 ruling.

[18] In her decision, Justice Reed returned to comment on two decisions made in the course of the trial, one of which related to section 7. In discussing the complexity of hearing three actions on common evidence, Justice Reed went on to comment on what she thought was, at that time, the state of the law on section 7—that section 7 referred only to expert opinions (presumably discounting other types of opinion evidence) and that it was limited to five witnesses per subject-matter or factual issue in a case, not five witnesses in total.

[19] The salient passage is [at pages 713-714]:

Section 7 of the *Canada Evidence Act* provides:

7. Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence,

• les procédures relatives à un avis de conformité doivent être jugées rapidement;

• [TRADUCTION] « [e]n tout état de cause, il n’est pas clair ni évident à mes yeux que la preuve signifiée et déposée par la défenderesse Apotex Inc. comprend, à l’égard de n’importe quelle question, plus de cinq experts ». La Cour a ensuite cité la décision *Eli Lilly* 1997, aux paragraphes 118 à 120.

[16] Il peut avoir été présumé dans la décision *GlaxoSmith* 2003 que la règle était de cinq experts par question, mais il n’y a pas eu de conclusion précise sur ce point. Comme nous le verrons, le renvoi à cette partie de la décision *Eli Lilly* 2003 ne constitue pas une décision claire et sans équivoque sur ce point.

[17] Dans la décision *Eli Lilly* 1997, la juge Reed était saisie d’une action visant à mettre fin à la mise en marché de la version générique du « Prozac ». L’action était fondée sur une question de commercialisation trompeuse. Fait important, la décision mettait en cause trois affaires opposant, dans chacune, une demanderesse unique et une défenderesse distincte. Résultat, la décision visait une demanderesse et trois défenderesses. La question de savoir le nombre de « côtés » qu’il y avait est cruciale pour comprendre la décision de la juge Reed sur l’article 7.

[18] Dans sa décision, la juge Reed a fait quelques commentaires sur deux décisions rendues au cours de l’instruction, dont une liée à l’article 7. En traitant de la complexité que présentait le fait d’instruire trois actions reposant sur une preuve commune, la juge Reed a fait des commentaires sur ce qu’elle pensait être, à cette époque, l’état du droit au sujet de l’article 7—que l’article 7 ne faisait référence qu’aux opinions d’expert (faisant vraisemblablement abstraction d’autres types de preuves d’opinion) et qu’il limitait à cinq le nombre de témoins par sujet ou par question de fait soulevés dans une affaire, et non à cinq témoins en tout.

[19] Le passage important est le suivant [au paragraphe 118] :

L’article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit :

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre

or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give *opinion evidence*, not more than five of such witnesses may be called *on either side* without the leave of the court or judge or person presiding. [Emphasis added.]

In this case three actions were set down for hearing concurrently, on common evidence. They were not consolidated although Mr. Radomski as counsel for both Apotex and Nu-Pharm essentially proceeded with respect to his clients in a consolidated fashion. Section 7 has been interpreted as referring to *expert opinion* evidence only and as limiting the evidence to five witnesses *per subject matter or factual issue* in a case, not five witnesses in total (*Buttrum v. Udell*, [1925] 3 D.L.R. 45 (Ont. S.C.), *Re Scamen and Canadian Northern Railway Co.* (1912), 6 D.L.R. 142 (Alta. S.C.), *Fagnan v. Ure*, [1958] S.C.R. 377, 13 D.L.R. (2d) 273, *Hamilton v. Brusnyk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600 (Alta. S.C.), *R. v. Morin*, [1991] O.J. No. 2528 (QL) [summarized 16 W.C.B. (2d) 416], *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713 (Man. Q.B.)). [Emphasis in original.]

[20] In reviewing the interpretation of section 7, Justice Reed relied on *Buttrum* [*Buttrum v. Udell* (1925), 57 O.L.R. 97 (C.A.)], *Scamen* [*In re Scamen et al. v. Canadian Northern R. Co.* (1926), 6 D.L.R. 142 (Alta. S.C.)], *Fagnan* [*Fagnan v. Ure Estate*, [1958] S.C.R. 377], *Hamilton* [*Hamilton v. Brusnyk and Demchuk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600 (Alta. S.C.)], *Morin* [*R. v. Moris*, [1991] O.J. No. 2528 (Gen. Div.) (QL)] and the *Pea Growers* decision at the lower level [*B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713 (Man. Q.B.)]. Justice Hughes, in his case management decision in *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2007 FC 1041 (*Eli Lilly* 2007), pointed out that in the cases cited by Justice Reed, she obviously did not have the Manitoba Court of Appeal's decision in *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1964), 49 D.L.R. (2d) 91, which effectively referred to the trial judgment referred to by Justice Reed.

[21] With the greatest respect, these six cases do not support the understanding Justice Reed had as to the state of the interpretation of section 7. At least one of them had been overturned on appeal—a matter, which

partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside. [Non souligné dans l'original.]

En l'espèce, trois actions ont été inscrites au rôle pour être entendues en même temps, sur preuve commune. Ces actions n'ont pas été fusionnées, mais M^e Radomski, en sa qualité de procureur d'Apotex et de Nu-Pharm, a procédé essentiellement, par rapport à ses clientes, comme si elles l'avaient été. L'article 7 a été interprété comme ne s'intéressant qu'aux témoignages d'opinion d'expert et comme limitant à cinq le nombre [de] témoins par sujet ou par question de fait soulevés dans une cause, non à cinq témoins au total (*Buttrum c. Udell*, [1925] 3 D.L.R. 45 (C.A. Ont.), *Re Scamen and Canadian Northern Railway Co.* (1912), 6 D.L.R. 142 (C.S. Alb. en banc), *Fagnan c. Ure* [1958] R.C.S. 377, *Hamilton v. Brusnyk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600 (C.S. Alb.), *R. c. Morin*, [1991] A.O. n° 2528, *B.C. Pea Growers Ltd. c. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713 (C.B.R. Man.)). [Souligné dans l'original anglais.]

[20] En examinant l'interprétation de l'article 7, la juge Reed s'est fondée sur les décisions *Buttrum* [*Buttrum v. Udell* (1925), 57 O.L.R. 97 (C.A.)], *Scamen* [*In re Scamen et al. v. Canadian Northern R. Co.* (1926), 6 D.L.R. 142 (C.S. Alb.)], *Fagnan* [*Fagnan v. Ure Estate*, [1958] R.C.S. 377], *Hamilton* [*Hamilton v. Brusnyk and Demchuk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600 (C.S. Alb.)], *Morin* [*R. v. Morin* [1991] O.J. n° 2528 (Div. gén.) (QL)] ainsi que sur la décision *Pea Growers* rendue en première instance [*B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713 (B.R. Man.)]. Dans la décision relative à la gestion d'instance qu'il a rendue dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 1041 (*Eli Lilly* 2007), le juge Hughes a fait remarquer que dans les affaires citées par la juge Reed, celle-ci n'avait manifestement pas en main la décision rendue par la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1964), 49 D.L.R. (2d) 91, qui faisait effectivement référence au jugement de première instance mentionné par la juge Reed.

[21] Ceci étant dit avec la plus grande déférence, ces six décisions n'étaient pas la conception qu'avait la juge Reed quant à l'état de l'interprétation de l'article 7. Au moins une de ces décisions avait été annulée en

if it had been brought to Justice Reed's attention, would have influenced her view as to the state of the law.

[22] In *Buttrum*, the Ontario Court of Appeal considered section 10 of *The Evidence Act* [R.S.O. 1914, c. 76] of Ontario and held that it restricted the number of experts to three witnesses per party, regardless of the number of issues requiring expert evidence. Section 10 of *The Evidence Act* of Ontario, as considered in that case, is similar to section 7 of the CEA.

10. Where it is intended by a party to examine as witnesses persons entitled, according to the law or practice, to give opinion evidence, not more than three of such witnesses may be called upon either side without the leave of the judge or other person presiding. . . .

[23] The *Buttrum* decision held that the provision limited a party, without leave, to three expert witnesses in total rather than per issue.

[24] In *Scamen* and in *Fagnan*, the Alberta Supreme Court and the Supreme Court of Canada, respectively, were called upon to construe section 10 of *The Alberta Evidence Act*, S.A. 1910 (2nd Sess.), c. 3. That section provided:

10. Where it is intended by a party to examine as witnesses persons entitled according to the law or practice to give opinion evidence not more than three of such witnesses may be called upon either side.

[25] The critical distinction in the wording of the Alberta legislation and that of the federal and Ontario legislation is the absence of any discretion in the courts to permit a greater number of witnesses. In the face of a clearly impractical and unworkable provision which would create a "mischief", the courts gave an interpretation which avoided the mischief and the unworkable rigidity of the provision.

[26] In *Hamilton*, the Alberta Supreme Court could only follow *Scamen* and *Fagnan*.

appel—un point qui, s'il avait été porté à son attention, aurait influencé son opinion quant à l'état du droit.

[22] Dans l'arrêt *Buttrum*, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné l'article 10 de *The Evidence Act* [R.S.O. 1914, ch. 76] de l'Ontario et a statué que cette disposition limitait le nombre d'experts à trois témoins par partie, indépendamment du nombre de questions nécessitant une preuve d'expert. L'article 10 de *The Evidence Act* de l'Ontario, tel qu'examiné dans cette affaire, est semblable à l'article 7 de la LPC.

[TRADUCTION]

10. Lorsqu'une partie se propose d'interroger des témoins qui sont autorisés, par la loi ou la pratique, à faire un témoignage d'opinion, chaque côté ne peut appeler plus de trois témoins à ce titre sans la permission du juge ou de la personne qui préside [. . .].

[23] Selon l'arrêt *Buttrum*, cette disposition limitait une partie, sans permission, à trois témoins experts en tout, plutôt que par question.

[24] Dans les arrêts *Scamen* et *Fagnan*, la Cour suprême de l'Alberta et la Cour suprême du Canada, respectivement, avaient à interpréter l'article 10 de *The Alberta Evidence Act*, S.A. 1910 (2nd Sess.), ch. 3. Le texte de cette disposition était le suivant :

[TRADUCTION]

10. Lorsqu'une partie se propose d'interroger des témoins qui sont autorisés par la loi ou la pratique à faire un témoignage d'opinion, chaque côté ne peut appeler plus de trois témoins à ce titre.

[25] La distinction cruciale que l'on relève entre le libellé de la loi albertaine et celui de la loi fédérale et de la loi ontarienne est l'absence de tout pouvoir discrétionnaire des tribunaux de permettre un nombre supérieur de témoins. Face à une disposition manifestement peu pratique et inapplicable qui créerait un « effet néfaste », les tribunaux ont eu recours à une interprétation qui évitait l'effet néfaste en question ainsi que la rigidité inapplicable de la disposition.

[26] Dans la décision *Hamilton*, la Cour suprême de l'Alberta n'a pu que suivre les arrêts *Scamen* et *Fagnan*.

[27] The Alberta legislation stands in sharp contrast to that of Manitoba, Ontario and Canada. The courts in Manitoba and Ontario have recognized that *Fagnan* gave the Alberta legislation a broad interpretation because there was no provision for leave of the court to file additional expert evidence. This was recognized by Farley J. in *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 134 (Gen. Div.), at pages 137-138:

In my view the approach in *B.C. Pea* and *Buttrum* is preferable to that of *Scamen*, *supra*, as interpreted by *Fagnan*. It is clear that in the latter two cases the courts found it necessary to give the section of the Alberta *Evidence Act* broad interpretation because there was no provision for leave in that section. Had the Alberta legislation incorporated the possibility of leave for more experts if the necessity were demonstrated, then there would not have been any problem in otherwise protecting the interests of justice. In fact just as *Fagnan* was being decided in the Supreme Court of Canada, the Alberta statute was amended to include the following words:

. . . *without leave of the court* which shall be applied for before the examination of any such witness.

(Emphasis added.)

This amendment cleared up the problem of future cases in Alberta; however it would not be appropriate to import the pre-amendment remedy from Alberta to Ontario as the Ontario legislation always had the leave protection. *Scamen* and *Fagnan* should be relegated to the curiosity cupboard as obsolete cases which were required to correct an historical oddity of the then Alberta legislation.

[28] Lastly, in *Morin*, the Crown sought “leave to call more than five expert witnesses on the retrial.” The Court stated that the Crown drew attention to *Fagnan* but there is no discussion of the case or its application to section 7 of the CEA. The Court simply held that, on the basis of the evidence and submissions, it was satisfied that there was a reasonable basis for calling the extra witnesses, and leave was granted.

[27] La loi albertaine fait nettement contraste avec celle du Manitoba, de l’Ontario et du Canada. Au Manitoba et en Ontario, les tribunaux ont reconnu que l’arrêt *Fagnan* interprétait la loi albertaine de façon large parce qu’il n’y était pas prévu que le tribunal puisse donner la permission de produire des éléments de preuve d’expert additionnels. Ce fait a été reconnu par le juge Farley, dans la décision *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 134 (Div. gén.), aux pages 137 et 138 :

[TRADUCTION] À mon avis, l’approche suivie dans les arrêts *B.C. Pea* et *Buttrum* est préférable à celle qui a été suivie dans l’arrêt *Scamen*, précité, telle qu’interprétée dans l’arrêt *Fagnan*. Il est clair que dans ces deux dernières affaires, les tribunaux ont jugé nécessaire d’interpréter de manière large la disposition de l’*Evidence Act* de l’Alberta car cette disposition ne prévoyait rien en matière de permission. Si la loi albertaine avait comporté la possibilité de permettre qu’il y ait un nombre additionnel d’experts, à la condition d’en démontrer la nécessité, il n’y aurait pas eu de problème dans ce cas pour protéger par ailleurs les intérêts de la justice. En fait, au même moment où la Cour suprême du Canada tranchait l’affaire *Fagnan*, la loi albertaine a été modifiée de façon à y intégrer les mots suivants :

[. . .] *sans la permission du tribunal*, laquelle doit être demandée avant d’interroger ces témoins.

(Non souligné dans l’original.)

Cette modification a réglé le problème qu’auraient posé les affaires ultérieures en Alberta; cependant, il ne serait pas approprié d’étendre à l’Ontario le redressement appliqué en Alberta avant la modification, car la loi ontarienne a toujours comporté la mesure de protection que représente la permission du tribunal. Il faudrait reléguer les arrêts *Scamen* et *Fagnan* au rayon des curiosités en tant qu’affaires obsolètes qui étaient nécessaires pour rectifier une excentricité historique de la loi albertaine qui était en vigueur à l’époque.

[28] Enfin, dans la décision *Morin*, le ministère public demandait [TRADUCTION] « la permission d’appeler plus de cinq témoins experts au nouveau procès ». La Cour a mentionné que le ministère public avait attiré l’attention sur l’arrêt *Fagnan* mais elle n’a rien dit sur cette affaire ou sur son application à l’article 7 de la LPC. La Cour a simplement déclaré qu’au vu des éléments de preuve présentés et des observations formulées, elle était convaincue qu’il était raisonnable d’appeler les témoins additionnels et la permission demandée a été accordée.

[29] Therefore, *Morin* is of no precedential value in respect of section 7 as there was no interpretation of the provision.

[30] Of the six decisions referred to by Justice Reed, three relate to the very different provision of the Alberta statute, one case makes no interpretation of section 7 and two (being *Buttrum* and the *Pea Growers* appeal decision) are decided opposite to the understanding Justice Reed had. Her understanding would no doubt have been different if she had had the Court of Appeal's judgment in *Pea Growers*.

[31] A further consideration of the *Eli Lilly* 1997 decision is that the number of witnesses "per issue" versus "per case" was not the central focus of what was an interlocutory decision made in the course of the trial. The following quote discloses Justice Reed's substantive concern about the meaning of "sides" as applied to "parties". She even describes the results of an interpretation of the right to five experts per issue as a "rather unreasonable result" [at page 714]:

Prior to counsel for the defendants calling some of their expert witnesses, counsel for the plaintiffs raised a concern that it appeared as though the defendants were planning on calling more than five witnesses per "side" on a factual issue (particularly the criticism of Dr. Heeler's survey evidence). An edited version of the reasons I gave orally with respect to this concern was placed on the record. In summary those reasons were that section 7 does not deal with the situation in which separate actions are being heard concurrently; no jurisprudence dealing with the meaning of "side" could be found; if the word "side" is interpreted as synonymous with party, this leads to the rather unreasonable result that the three defendants could call fifteen witnesses and the two plaintiffs, being separate parties to each of the three actions, could call thirty expert witnesses *on each factual issue*. Ideally, if anyone had thought of it at the time, this matter should have been dealt with when the application to set the three cases down for concurrent hearing was made. [Emphasis in original.]

[32] The whole issue of the number of witnesses was ultimately decided on the basis of the exercise of discretion.

[33] In my view, Justice Reed proceeded on the assumption that the weight of the authority tended

[29] La décision *Morin* n'a donc aucune valeur jurisprudentielle en rapport avec l'article 7, car cette disposition n'y est pas interprétée.

[30] Sur les six décisions auxquelles renvoie la juge Reed, trois ont trait à la disposition nettement différente de la loi albertaine, une n'interprète pas l'article 7 et deux (les arrêts *Buttrum* et *Pea Growers*) vont à l'encontre de la conception qu'avait la juge Reed. La conception de cette dernière aurait sans nul doute été différente si elle avait eu en main le jugement rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Pea Growers*.

[31] Un autre aspect relevé dans la décision *Eli Lilly* 1997 est que la question du nombre de témoins « par question », par opposition au nombre « par affaire », ne constitue pas l'élément central de ce qui était une décision interlocutoire rendue au cours de l'instruction. L'extrait suivant révèle la préoccupation de fond qu'avait la juge Reed quant au sens du mot « côtés », tel qu'appliqué au mot « parties ». Elle dit même que le résultat d'une interprétation du droit à cinq experts par question est « plutôt illogique » [au paragraphe 119] :

Avant que l'avocat des défenderesses n'appelle un de ses témoins experts, l'avocat des demanderesse s'est inquiété parce qu'il lui semblait que les défenderesses entendaient citer plus que cinq témoins par « côté » sur une question de fait (plus particulièrement pour critiquer la preuve apportée par l'étude du D' Heeler). Une version révisée des motifs rendus oralement par la Cour à ce sujet a été versée au dossier. En résumé, les conclusions de ces motifs sont les suivantes : l'article 7 ne s'applique pas à un cas où des actions distinctes sont entendues simultanément; la Cour n'a trouvé aucune jurisprudence portant sur le sens à donner à « côté »; le fait d'interpréter le mot « côté » comme synonyme de partie conduirait au résultat plutôt illogique selon lequel les trois défenderesses pourraient appeler quinze témoins et les deux demanderesse, constituant des parties distinctes dans les trois actions, pourraient en appeler trente sur chaque question de fait. Idéalement, si quelqu'un y avait pensé à ce moment-là, il aurait fallu trancher cette question quand les parties ont demandé que les trois actions soient inscrites au rôle pour être entendues en même temps. [Souligné dans l'original anglais.]

[32] Toute la question du nombre des témoins a finalement été tranchée sur le fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

[33] À mon avis, la juge Reed a procédé selon l'hypothèse que le poids de la jurisprudence tendait vers

toward “5 experts per factual issue” and then resolved the issue, not through a studied analysis of the law or ringing endorsement of the principle, but through the exercise of discretion in a pragmatic manner in the middle of a trial.

[34] It is from this somewhat qualified endorsement of the “5 experts per issue” principle that this Court has proceeded to date.

B. Comity

[35] The parties argued whether this Court is bound by the prior decisions emanating from Justice Reed’s decision. Altana’s position is that judicial comity compels this Court to continue to apply the existing interpretation of section 7.

[36] Justice Granger in *Holmes v. Jarrett* (1993), 68 O.R. (3d) 667 (Gen. Div.), at pages 673-677, conducted a thorough analysis of the application of *stare decisis* in regard to judgments of the same court. He concluded that he would only go against a judgment of another judge of his own Court if [at page 675]:

- (a) Subsequent decisions have affected the validity of the impugned judgment;
- (b) It is demonstrated that some binding authority in case law or some relevant statute was not considered; and
- (c) The judgment was unconsidered, a *nisi prius* judgment given in circumstances familiar with all trial judges, where the exigencies of the trial require an immediate decision without opportunity to fully consult authority.

[37] For reasons discussed in the previous section, the *Eli Lilly* 1997 decision had elements of points (a) and (c) because the Manitoba Court of Appeal in *Pea Growers* was not referred to by the learned Judge and the interpretation at issue was given in the midst of a trial where the particular issue was not that which is squarely before this Court.

« cinq experts par question de fait » et elle a ensuite tranché la question, non pas en procédant à une analyse fouillée du droit ou en approuvant le principe de manière claire et nette, mais en exerçant son pouvoir discrétionnaire de façon pragmatique en plein milieu d’un procès.

[34] C’est sur cette approbation quelque peu nuancée du principe des « cinq experts par question » que la Cour s’est fondée jusqu’ici.

B. La courtoisie judiciaire

[35] Les parties ont débattu la question de savoir si la Cour est liée par les décisions antérieures qui découlent de celle de la juge Reed. Altana est d’avis que la courtoisie judiciaire oblige la Cour à continuer d’appliquer l’interprétation actuelle de l’article 7.

[36] Dans la décision *Holmes v. Jarrett* (1993), 68 O.R. (3d) 667 (Div. gén.), aux pages 673 à 677, le juge Granger a procédé à une analyse approfondie de l’application du principe du *stare decisis* en rapport avec les jugements du même tribunal. Il a conclu qu’il n’irait à l’encontre d’un jugement d’un autre juge de son propre tribunal que si [à la page 675] :

[TRADUCTION]

- a) Des décisions ultérieures ont remis en question la validité du jugement contesté;
- b) Il est démontré qu’un élément jurisprudentiel ayant force obligatoire ou une loi pertinente n’ont pas été pris en considération;
- c) Le jugement a été rendu sans délibéré, un jugement *nisi prius* rendu dans des circonstances que connaissent tous les juges de première instance, là où les exigences du procès sont telles que le juge doit rendre sa décision sur-le-champ sans avoir l’occasion de consulter en détail la jurisprudence.

[37] Pour des raisons analysées à la section précédente, la décision *Eli Lilly* 1997 comportait des éléments des points a) et c) susmentionnés, parce que la juge n’avait pas été renvoyée à l’arrêt de la Cour d’appel du Manitoba dans l’affaire *Pea Growers* et que l’interprétation en question avait été faite au milieu d’un procès dans lequel la question particulière n’était pas celle dont la Cour est directement saisie.

[38] While not strictly binding authority falling within Justice Granger's item (b) situation that would justify not following a court's earlier decision, there has been more recent comment from the Supreme Court which outlines the mischief to which section 7 was directed and which likely would have influenced Justice Reed (as she recognized at page 714 the unreasonable result if each party could have the maximum number of experts for each issue).

[39] In *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, a case dealing in part with expert evidence, the Supreme Court, at paragraph 56, pinpointed the problem of the proliferation of expert opinions:

...expert evidence is time-consuming and expensive. Modern litigation has introduced a proliferation of expert opinions of questionable value. The significance of the costs to the parties and the resulting strain upon judicial resources cannot be overstated. When the door to the admission of expert evidence is opened too widely, a trial has the tendency to degenerate into "a contest of experts with the trier of fact acting as referee in deciding which expert to accept". . . .

[40] Lastly, on the binding nature of the *Eli Lilly* 1997 decision, Justice Décary in *R. v. Phoenix Assurance Company Limited*, [1976] 2 F.C. 649 (T.D.), at page 655, held that the principle of *stare decisis* does not apply between judges of the same court:

There can be no *stare decisis* between judges of the same court. There may be a question of collegiality in a case where the facts are identical, or at least are similar to the extent that a decision cannot be ignored.

[41] The decision in *Cooper and Smith v. Molsons Bank* (1896), 26 S.C.R. 611, relied on by Altana, can be distinguished because its pronouncement relates to courts of co-ordinate jurisdiction, not judges of the same court. The more modern approach is that set forth by Justice Décary.

[42] In my view, the decision in *Eli Lilly* 1997 did not, on its own terms, go as far as has been assumed in later judgments of this Court. Further, the learned

[38] Bien qu'il ne s'agisse pas d'éléments jurisprudentiels à caractère strictement obligatoire qui correspondent à la situation b) dont a fait état le juge Granger et qui justifieraient que l'on ne se conforme pas à une décision antérieure d'un tribunal, des commentaires plus récents, émanant de la Cour suprême, décrivent l'effet néfaste que vise l'article 7 et ils auraient vraisemblablement influencé la juge Reed (qui a reconnu, au paragraphe 119, le résultat illogique que l'on obtiendrait si chacune des parties pouvait disposer du nombre maximal d'experts pour chaque question).

[39] Dans l'arrêt *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, une affaire portant en partie sur la preuve d'expert, la Cour suprême a précisé, au paragraphe 56, le problème que pose la prolifération des opinions d'expert :

[...] la preuve d'expert exige un temps considérable et est onéreuse. Les litiges modernes ont causé une prolifération d'opinions d'expert de valeur douteuse. On n'insistera jamais assez sur l'importance des coûts pour les parties et le fardeau qui pèse lourdement sur les ressources judiciaires. Lorsqu'on laisse le champ libre à l'admission de la preuve d'expert, le procès a tendance à dégénérer en « un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter » [. . .]

[40] Enfin, pour ce qui est du caractère obligatoire de la décision *Eli Lilly* 1997, le juge Décary, dans la décision *R. c. Phoenix Assurance Company Limited*, [1976] 2 C.F. 649 (1^{re} inst.), à la page 655, a statué que le principe du *stare decisis* ne s'applique pas entre juges d'un même tribunal :

Il ne peut s'agir, entre juges d'un même banc, d'un *stare decisis*. Il peut être question de collégialité en autant que les faits soient identiques ou, du moins, aient une ressemblance telle que l'on ne peut ignorer la décision.

[41] L'arrêt rendu dans l'affaire *Cooper and Smith v. Molsons Bank* (1896), 26 R.C.S. 611, sur lequel Altana s'est fondée, se distingue d'avec la présente espèce car le jugement concerne les tribunaux de juridiction équivalente, et non les juges d'un même tribunal. L'approche plus moderne est celle qu'a exposée le juge Décary.

[42] À mon avis, la décision rendue dans l'affaire *Eli Lilly* 1997, dans son contexte, n'a pas été aussi loin qu'on l'a présumé dans des jugements ultérieurs de la

Justice was not aware that one of the key authorities on which she relied for her understanding of the general state of the law had been overturned. Other courts have later taken a different view of section 7 than that assumed by Justice Reed and the Supreme Court has since more clearly articulated a concern with expert evidence that she only briefly touched upon.

[43] Therefore, it is appropriate for this Court to consider section 7 more directly in the light of recent authority.

C. Section 7—Interpretation

[44] Although the section 7 interpretation issues have most recently arisen in this Court in the context of NOC proceedings or other intellectual property cases, its application is much more broadly based. The problems inherent in the NOC process cannot drive the interpretation, although they underscore the mischief to which section 7 was directed. Other cases of a civil and criminal nature can have just as difficult and multi-faceted issues and sub-issues for which opinion evidence seems to be ripe.

[45] The starting point for the analysis of section 7 is, as with all statutes, section 12 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21]:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[46] Taking a purposive approach to the provision, it is evident that section 7 was intended to limit the number of experts. The first critical limitation is that it operates with respect to trials or other proceedings; the second critical limitation is the absolute numerical restriction of five.

[47] Therefore, if the purpose of the section is to restrict the number of expert witnesses, the courts should not generally give the provision an interpretation that broadens this limitation.

Cour. Par ailleurs, la juge Reed n'était pas au courant que l'une des décisions clés dont elle s'inspirait pour former sa conception de l'état général du droit avait été infirmée. D'autres tribunaux ont plus tard adopté une opinion différente de celle de la juge Reed sur l'article 7 et la Cour suprême a, depuis ce temps, fait état de manière plus claire d'une préoccupation à l'égard de la preuve d'expert dont la juge n'a traité que brièvement.

[43] Il convient donc que la Cour examine de manière plus directe l'article 7 dans le contexte de la jurisprudence récente.

C. L'article 7—interprétation

[44] Même si les problèmes que suscite l'interprétation de l'article 7 se sont posés tout récemment à la Cour dans le contexte des procédures relatives à un avis de conformité ou d'autres affaires intéressant la propriété intellectuelle, l'application de cette disposition repose sur une base nettement plus large. Les problèmes inhérents au processus des avis de conformité ne peuvent pas régir l'interprétation de cet article, même s'ils font ressortir l'effet néfaste sur lequel il est axé. Il y a d'autres affaires de nature civile et pénale qui peuvent comporter des questions et des sous-questions aussi complexes et diversifiées auxquelles une preuve d'opinion semble convenir.

[45] Le point de départ de l'analyse de l'article 7 est, comme pour toutes les lois, l'article 12 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21] :

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[46] Si l'on aborde l'article 7 sous l'angle de l'objet visé, il est évident qu'il est destiné à limiter le nombre d'experts que l'on peut appeler. La première limite cruciale est que cette disposition s'applique aux procès ou à d'autres procédures; la seconde limite cruciale est la restriction numérique absolue de cinq.

[47] Par conséquent, si l'article a pour objet de restreindre le nombre des témoins experts, il ne faudrait généralement pas que les tribunaux interprètent cette disposition d'une manière qui étende cette limite.

[48] The Alberta Supreme Court in *Scamen* had to depart from this usual rule because of the rigidity of *The Alberta Evidence Act* which left the Court no discretion to increase the number of experts irrespective of the circumstances. Farley J. said as much in *Bank of America Canada* [at page 138]:

Had the Alberta legislation incorporated the possibility of leave for more experts if the necessity were demonstrated, then there would not have been any problem in otherwise protecting the interests of justice. In fact, just as *Fagnan* was being decided in the Supreme Court of Canada, the Alberta statute was amended to include the following words:

. . . *without leave of the court* which shall be applied for before the examination of any such witnesses.

[49] The CEA, like the comparable legislation in such provinces as Manitoba and Ontario, gives the court the discretion to increase the number of experts. It would be inconsistent with the overall intent of the provision to expand the restriction by reading in the words “per issue” and to also give the court the discretion to expand the number of experts as justice requires.

[50] This purposive interpretation is buttressed by a plain meaning analysis. There is no reference in the section to “issues”. The language is stark in that regard when stipulating five experts per party/side per case especially when one reads the section with the relevant aspects isolated:

7. Where, in any trial or other proceeding, [criminal or civil], it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled [according to the law or practice] to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without the leave of the court or judge or person presiding. [Boldface and strikethrough added.]

[51] In addition, it is useful to compare other similar provisions, as this suggests a common problem across

[48] Dans l’arrêt *Scamen*, la Cour suprême de l’Alberta a dû s’écarter de cette règle habituelle en raison de la rigidité de *The Alberta Evidence Act* de cette province, qui ne conférait pas à ce tribunal le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre des experts, quelles que soient les circonstances de l’affaire. Le juge Farley a dit la même chose dans la décision *Bank of America Canada* [à la page 138] :

[TRADUCTION]

Si la loi de l’Alberta avait comporté la possibilité de permettre qu’il y ait un nombre additionnel d’experts, à la condition d’en démontrer la nécessité, il n’y aurait pas eu de problème dans ce cas pour protéger par ailleurs les intérêts de la justice. En fait, au même moment où la Cour suprême du Canada tranchait l’affaire *Fagnan*, la loi albertaine a été modifiée de façon à y intégrer les mots suivants :

[. . .] *sans la permission du tribunal*, laquelle doit être demandée avant d’interroger ces témoins.

[49] La LPC, à l’instar des lois comparables en vigueur dans des provinces telles que le Manitoba et l’Ontario, confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre des experts. Il ne serait pas conforme à l’intention générale de la disposition d’étendre la restriction en y lisant implicitement les mots « par question » et de conférer également au tribunal le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre d’experts qu’exige la justice.

[50] L’interprétation fondée sur l’objet visé d’une disposition est étayée par une analyse du sens ordinaire de son libellé. Dans la disposition en question, le mot « questions » n’est pas mentionné. Le libellé prescrit clairement cinq experts par partie ou côté par affaire, surtout si on lit la disposition en isolant les aspects pertinents :

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure [pénale ou civile], le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d’interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés [par la loi ou la pratique] à rendre des témoignages d’opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté [sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside]. [Caractère gras et rayures ajoutés.]

[51] Il est par ailleurs utile de comparer d’autres dispositions semblables, car le problème, semble-t-il, est

Canada. In *Pea Growers*, at pages 97-98, the Manitoba Court of Appeal compared the Alberta and Manitoba provisions limiting the number of expert witnesses noting that the former (the Alberta provision):

... had no provision to call more than three expert witnesses [“upon either side”], while the latter makes provision for the calling of more than three experts with leave of the Court. One was a very rigid enactment to prevent the abuse of the use of experts, but left no way out to call more than three when justice required it. . . .

[52] The Ontario Court of Appeal in *Buttrum*, considered a similar provision and held, at page 100:

... it is much better that the number of such witnesses called during a trial should be limited to three on each side, and such others as the Court may on application allow, than that the number of these witnesses should be limited only by the number of issues of fact that may actually arise in the course of a trial, or that counsel can with some show of reason argue will arise or have arisen during the trial. If the latter interpretation be given the statute . . . the statute would . . . either become a dead letter or a new source of trouble, expense, and delay.

[53] Only New Brunswick explicitly limits the use of experts by issue. It is instructive that it did so by specific wording rather than reading in those words to the statute as had to be done in Alberta.

[54] The joint Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence also considered this common problem. It noted at page 113 of its Report [*Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules & Evidence*. Toronto: Carswell, 1982] that, without statutory limits on expert witnesses, there is no way for a judge in a criminal proceeding to prevent unnecessary expert evidence, and in a civil case, costs are an impractical penalty if both parties make excessive use of expert witnesses.

le même dans tout le Canada. Dans l’arrêt *Pea Growers*, aux pages 97 et 98, la Cour d’appel du Manitoba a comparé les dispositions de l’Alberta et du Manitoba qui limitent le nombre des témoins experts et elle a signalé que la disposition albertaine :

[TRADUCTION] [. . .] ne prévoyait pas la possibilité de citer plus de trois témoins experts [« d’un côté ou de l’autre »], tandis que la loi manitobaine prévoit la possibilité d’en citer plus que trois avec la permission de la Cour. L’une était un texte très strict qui visait à éviter que l’on abuse du recours à des experts, mais elle ne permettait aucunement d’en citer plus que trois quand la justice l’exigeait. . . .

[52] Dans *Buttrum*, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné une disposition semblable et a déclaré ce qui suit, à la page 100 :

[TRADUCTION] [...] il vaut mieux limiter à trois de chaque côté le nombre des témoins experts entendus au cours d’un procès, sous réserve de l’autorisation du tribunal d’en appeler d’autres à la barre, que de le limiter seulement en fonction du nombre de questions de fait qui sont soulevées pendant l’instance ou qui, selon les prétentions raisonnables de l’avocat, pourraient l’être. Si cette dernière interprétation était retenue [. . .] la loi serait sans effet ou accroîtrait la difficulté, le coût et la durée de l’instance.

[53] Seul le Nouveau-Brunswick limite explicitement le nombre d’experts auxquels il est possible de recourir par question. Il est instructif de constater que cette province l’a fait en recourant à un libellé précis, plutôt qu’en lisant implicitement ces mots dans la loi, comme il a fallu le faire en Alberta.

[54] Le Groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve a lui aussi étudié ce problème commun. Il a fait remarquer, à la page 113 de son Rapport [*Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve*. Cowansville : Yvon Blais, 1983], que, sans les restrictions prévues par la loi au nombre des témoins experts, un juge, dans une instance pénale, n’a aucun moyen d’éviter la production d’une preuve d’expert inutile et, dans une instance civile, les dépens constituent une sanction pécuniaire irréaliste si les deux parties recourent de manière excessive à des témoins experts.

[55] As the purpose of section 7 is, at least in part, to prevent abuse, trouble, expense and delay caused by excessive use of expert evidence, it is more consistent with that purpose to interpret the restriction to apply to the case as a whole rather than to each and every issue which may arise. In fact, an interpretation in favour of “by issue” creates the very mischief which the provision was intended to cure.

[56] This Court has, on a number of occasions, expressed concern for the number and variety of expert reports. The concern is captured in the following passage from *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2007), 58 C.P.R. (4th) 214 (F.C.), at paragraph 7:

It must be pointed out how difficult it is for a court in NOC proceedings to assimilate masses of purportedly expert opinions, predominantly on scientific matters, all in written form, often comprising several volumes. Judges are human, not computers.

[57] Similar problems would exist in other cases, such as complex commercial or tort actions involving issues of finance, accounting, medical or other technical/ scientific evidence. It can be even more difficult in the area of social sciences.

[58] While NOC proceedings can be complex, Altana’s submission, that section 7 of the CEA could not have contemplated the purpose and complexity of proceedings under the NOC Regulations, cannot be sustained. There is a presumption that regulatory provisions are meant to work together, not only with their enabling legislation but with other Acts and other regulations as well.

[59] In the case at bar, because the limit was applied to each issue as the learned Prothonotary concluded she was bound to do, Altana was allowed to use nine expert witnesses who filed 10 affidavits. If Novopharm matched Altana affidavit for affidavit as it would be entitled to do as of right, the hearing judge would be

[55] Étant donné que l’article 7 a pour objet, en partie du moins, d’éviter les abus, les difficultés, les frais et les retards imputables à l’utilisation excessive de la preuve d’expert, il convient davantage à cet objet de considérer que la restriction s’applique à l’affaire tout entière, plutôt qu’à la moindre question qui est susceptible de se poser. En fait, une interprétation favorable à la règle du nombre de témoins « par question » crée l’effet néfaste même que la disposition vise à remédier.

[56] La Cour a fait part à maintes reprises de ses préoccupations vis-à-vis du nombre et de la diversité des rapports d’expert. Le passage qui suit, extrait de la décision *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2007 CF 596, au paragraphe 7, expose le problème :

Il convient de redire à quel point il est difficile pour un tribunal saisi d’une instance relative à un [avis de conformité] d’assimiler une multitude d’opinions d’expert ou censées telles, qui concernent surtout des questions scientifiques, opinions toutes présentées par écrit et composant souvent plusieurs volumes. Les juges sont des êtres humains, pas des ordinateurs.

[57] Il y aurait des problèmes semblables dans d’autres affaires, comme des actions commerciales ou en responsabilité civile délictuelle complexes mettant en cause des questions de finances, de comptabilité, de médecine ou d’autres preuves de nature technique ou scientifique. La situation peut être encore plus difficile dans le domaine des sciences sociales.

[58] Certes, les procédures relatives à un avis de conformité peuvent être complexes, mais l’observation d’Altana selon laquelle l’article 7 de la LPC n’aurait pu avoir envisagé l’objet et la complexité des procédures engagées aux termes du Règlement est sans fondement. Il existe une présomption selon laquelle les dispositions réglementaires sont conçues pour fonctionner de concert, non seulement avec leur loi habilitante mais aussi avec d’autres lois et d’autres règlements.

[59] En l’espèce, étant donné que la limite a été appliquée à chacune des questions, ainsi que la protonotaire a conclu qu’elle était tenue de faire, Altana a été autorisée à recourir à neuf témoins experts qui ont déposé 10 affidavits. Si Novopharm produisait un affidavit pour chacun de ceux qu’Altana a déposés,

required to review a total of 20 affidavits in chief, without even contemplating reply affidavits. This is a substantial and onerous amount of evidence and severely taxes judicial resources.

[60] In summary, applying the mischief rule, if section 7 is interpreted as applying per issue, the cure is almost as bad as the disease.

[61] There is no conflict between the complexity of NOC proceedings and the purpose of section 7. The critical aspect of section 7 is the discretion to permit more experts than the initial limit set. Parliament has provided a mechanism to deal with complex cases and provided a balancing mechanism between the intended limit on experts in the case generally and the needs of a specific case.

[62] As recognized in *Pea Growers*, section 7 is, unlike the original Alberta provision discussed in *Fagnan*, not a very rigid enactment leaving no way to call more than the stipulated number of experts where justice requires. The needs and complexities of the particular case are dealt with through the exercise of discretion.

[63] Therefore, in my opinion, taking into account the remedial nature of the provision, its plain wording, its purpose and the mischief to be cured (or caused by an alternative interpretation), section 7 should be read as limiting each side to five experts in the case subject to the court's leave to vary that number.

D. Applicability to Judicial Review/NOC Proceedings

[64] As to the argument that the section 7 restrictions do not apply to judicial reviews/NOC proceedings, I find no merit in this submission.

comme elle serait en droit de le faire, le juge du procès aurait à examiner un nombre total de 20 affidavits principaux, sans même compter les affidavits en réponse. Il s'agit là d'une quantité importante et onéreuse d'éléments de preuve, qui taxe sérieusement les ressources judiciaires.

[60] En résumé, si l'on applique la règle des effets néfastes et que l'on considère que l'article 7 s'applique à chacune des questions, le remède est presque aussi dommageable que la maladie.

[61] Il n'y a pas de conflit entre la complexité des procédures relatives à un avis de conformité et l'objet de l'article 7. L'aspect crucial de cet article est le pouvoir discrétionnaire de permettre plus d'experts que la limite initiale fixée. Le législateur a prévu un mécanisme qui permet de faire face aux affaires complexes et a établi un moyen de trouver un point d'équilibre entre la limite prévue du nombre d'experts qui peuvent être appelés dans une affaire en général et les besoins d'une affaire particulière.

[62] Comme il a été reconnu dans l'arrêt *Pea Growers*, contrairement à la disposition albertaine initiale dont il était question dans l'arrêt *Fagnan*, l'article 7 n'est pas une disposition très rigide qui ne permet nullement d'appeler plus que le nombre prescrit d'experts quand la justice l'exige. C'est par l'exercice du pouvoir discrétionnaire que l'on répond aux besoins et aux complexités de l'affaire en question.

[63] Par conséquent, à mon avis, si l'on tient compte de la nature réparatrice de la disposition, de son sens ordinaire, de son objet et des effets néfastes à remédier (ou causés par une autre interprétation), l'article 7 doit être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l'affaire, sous réserve de la permission de la Cour de modifier ce nombre.

D. Applicabilité aux contrôles judiciaires ou aux procédures relatives à un avis de conformité

[64] L'observation selon laquelle les restrictions imposées par l'article 7 ne s'appliquent pas aux contrôles judiciaires ou aux procédures relatives à

[65] Section 7 refers specifically to a “trial or other proceeding” [emphasis added]. A judicial review and an NOC matter is by regulation and the Rules of this Court (rule 300) [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 300 (as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37)] a proceeding. On the plain words of the statute, section 7 applies to judicial reviews in general and to NOC proceedings specifically.

[66] There is no policy reason why section 7 should not apply to judicial reviews/NOC proceedings. Except for differences of form of proof, they have all the attributes of a trial and have all of the problems of control of the number of experts which Parliament intended to address.

[67] While the time for seeking leave to adduce more expert evidence should not necessarily be fixed as it is a matter of Court discretion, timeliness is essential. One would have thought that as soon as the expert reports are filed (and perhaps even before when it is known that more expert evidence is required), the necessary motion should, as a general rule, be brought. This is not a matter for determination in this case.

IV. CONCLUSION

[68] Having determined that the learned Prothonotary’s decision should be set aside, the matter, to the extent that the parties wish to pursue the matter of increased expert witnesses, will no doubt be referred back to the learned Prothonotary who has greater familiarity with the case and is charged with case management.

[69] An order will issue giving effect to these reasons.

un avis de conformité est, selon moi, dénuée de fondement.

[65] L’article 7 fait expressément référence à « un procès ou autre procédure » [soulignement ajouté]. Un contrôle judiciaire et une affaire concernant un avis de conformité constituent, par règlement, ainsi qu’aux termes des Règles de la Cour (la règle 300) [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 300 (mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37)], une procédure. Selon le libellé explicite de la loi, l’article 7 s’applique aux contrôles judiciaires en général et aux procédures relatives à un avis de conformité en particulier.

[66] Il n’y a pas de considération de principe pour laquelle l’article 7 ne devrait pas s’appliquer aux contrôles judiciaires ou aux procédures relatives à un avis de conformité. Sauf pour des différences de formes de preuve, les deux possèdent tous les attributs d’un procès et ont tous les problèmes de contrôle du nombre d’experts que le législateur a voulu régler.

[67] Même si le temps prévu pour demander la permission de produire d’autres éléments de preuve d’expert ne devrait pas nécessairement être fixe, car il s’agit là d’une question qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour, l’opportunité est essentielle. On serait en droit de penser qu’aussitôt que les rapports d’expert sont déposés (et peut-être même plus tôt, quand on sait que des éléments de preuve d’expert additionnels sont requis), la requête nécessaire serait, en règle générale, introduite. Mais il ne s’agit pas là d’une question à trancher en l’espèce.

IV. CONCLUSION

[68] Comme j’ai décidé qu’il convient d’annuler la décision de la protonotaire, l’affaire, dans la mesure où les parties souhaitent donner suite à la question de la majoration du nombre des témoins experts, sera sans nul doute renvoyée à la protonotaire, laquelle connaît mieux l’instance et est chargée de la gérer.

[69] Une ordonnance sera rendue pour donner effet aux présents motifs.