

A-400-03
2003 FCA 487

A-400-03
2003 CAF 487

Apotex Inc. (*Appellant*) (*Respondent*)

Apotex Inc. (*appelante*) (*défenderesse*)

v.

c.

AstraZeneca Canada Inc. (*Respondent*) (*Applicant*)

AstraZeneca Canada Inc. (*intimée*) (*demanderesse*)

and

et

Takeda Chemical Industries Ltd. and The Minister of Health (*Respondents*) (*Respondents*)

Takeda Chemical Industries Ltd. et Le ministre de la Santé (*intimés*) (*défendeurs*)

INDEXED AS: ASTRAZENECA CANADA INC. v. APOTEX INC. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: ASTRAZENECA CANADA INC. c. APOTEX INC. (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Rothstein, Sharlow and Malone JJ.A.—Ottawa, December 10 and 22, 2003.

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Sharlow et Malone, J.C.A.—Ottawa, 10 et 22 décembre 2003.

Evidence — Appeal from Judge's decision affirming Prothonotary's denial of motion to strike (1) assertion in memorandum of fact and law, (2) reference to scientific works in book of authorities — Judge, Prothonotary saw issue as admissibility of evidence, deferred to judge hearing application—Impugned assertion, references unsupported by affidavit — Appeal allowed — Scientific references not "authorities" (statutes, case law, legal writings) — Proper practice: reference work attached as exhibit to affidavit of scientist confirming work's accuracy—Prejudice to other side if admissibility left for trier of fact — If motion to strike denied, same as allowing party to adduce evidence impugning credibility of witness without confronting witness with evidence — In circumstances, Court unable to take judicial notice of references.

Preuve — Appel d'une décision d'une juge confirmant le rejet par un protonotaire d'une requête visant la radiation 1) d'une déclaration dans le mémoire des faits et du droit et 2) du renvoi à des ouvrages scientifiques dans le cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine — La juge et le protonotaire ont considéré que la question en était une d'admissibilité de la preuve et ont laissé au juge qui entendra la demande le soin de la trancher — La déclaration contestée et les ouvrages de référence ne sont pas appuyés par les affidavits — Appel accueilli — Les ouvrages scientifiques ne sont pas des «lois, règlements, jurisprudence et doctrine» (textes législatifs, jurisprudence et écrits juridiques) — Normalement, les ouvrages de référence sont joints en tant que pièces aux affidavits des scientifiques qui confirment leur exactitude — L'autre partie subirait un préjudice si la décision quant à l'admissibilité était laissée au juge des faits — Le rejet de la requête en radiation équivaudrait à permettre à une partie de présenter des éléments de preuve attaquant la crédibilité d'un témoin sans que ce témoin puisse y répondre — Dans les circonstances, la Cour ne pouvait admettre d'office les ouvrages de référence.

In the context of an application to prohibit the Minister from issuing a notice of compliance, this was an appeal from an interlocutory order dismissing an appeal from the decision of a Prothonotary denying a motion to strike from respondent's memorandum of fact and law the words: "More particularly, Apotex' tablets contain sodium carboxymethylcellulose and sodium croscarmellulose which are sodium salts" and to strike from the book of authorities references to works supporting that assertion.

Dans le contexte d'une demande visant à faire interdire au ministre de délivrer un avis de conformité, il s'agit d'un appel d'une ordonnance interlocutoire rejetant l'appel de la décision d'un protonotaire rejetant une requête visant à faire radier du mémoire des faits et du droit de l'intimée la phrase «[p]lus précisément, les comprimés d'Apotex contiennent du carboxyméthylcellulose sodique et de la croscarmellulose sodique, qui sont des sels de sodium», ainsi qu'à faire radier du cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine des renvois aux ouvrages cités à l'appui de cette déclaration.

The issue was whether the Prothonotary and Judge had misconstrued the question before them for determination. Seeing the issue as one of the admissibility of evidence, they chose to defer the motion for disposition by the judge who hears the prohibition application.

The notice of allegation indicated that the Apotex product would not infringe respondent's patent (which uses a basic inorganic salt) in that the tablets to be produced by Apotex would contain a sodium salt. None of the affidavits filed by AstraZeneca contained the words sought to be struck or the reference materials. The position taken by Apotex on its motion to strike was that there was no evidence to support the impugned assertion and that the references had not been properly put forward as evidence.

Held, the appeal should be allowed.

These reference materials were not "authorities" in the classic sense since that word in restricted to statutes, case law and explanatory legal writings. AstraZeneca admitted in oral argument that these references had been introduced in an attempt to "shore up" its assertion that the Apotex tablets will contain a sodium, potassium or aluminum salt. That was a key fact in relation to a controversial issue. The usual practice is that a reference work be attached as an exhibit to an affidavit of a deponent who attests to his scientific credentials and confirms the accuracy of the work based on his own expert opinion. Here, the Judge would be faced with evidence unsupported by affidavit and untested by cross-examination.

The principles applicable herein were those applied in the trade-mark expungement matter *P.S. Partsource Inc. v. Canadian Tire Corp.* in which this Court struck evidence which was hearsay, went to a controversial issue and would prejudice the other side if left for disposition by the trier of fact. In the case at bar, the prejudice to Apotex was obvious. If the admissibility issue were deferred, Apotex would come to the hearing not knowing whether it will go in and unable to respond to or cross-examine upon it. If the motion to strike is denied, this would amount to allowing a party to adduce evidence impugning the credibility of a witness without confronting the witness with that evidence.

Both the Prothonotary and the Judge below erred in law due to their misapprehension of the facts. It was not open to the Court, in the circumstances to take judicial notice of these reference materials. This was not, however, to say that there could not be cases where scientific reference materials might

La question était de savoir si le protonotaire ou la juge avaient mal interprété la question qu'ils devaient trancher. En considérant qu'il s'agissait d'une question d'admissibilité de la preuve, ils ont choisi de laisser au juge qui entendra la demande en interdiction le soin de se prononcer sur la requête.

L'avis d'allégation indiquait que le produit d'Apotex ne contreferaient pas le brevet de l'intimée (qui utilise un sel inorganique basique) parce que les comprimés que produirait Apotex contiendraient un sel de sodium. Aucun des affidavits déposés par AstraZeneca ne contient la phrase qu'on veut faire radier ni les documents de référence. La position prise par Apotex dans sa requête en radiation était qu'aucun élément de preuve n'était la déclaration contestée et que les documents de référence n'avaient pas été régulièrement admis en preuve.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Ces documents de référence n'étaient pas des «lois, règlements, jurisprudence et doctrine» au sens classique de l'expression puisque celle-ci est limitée aux textes législatifs, à la jurisprudence et aux écrits juridiques explicatifs. AstraZeneca a admis au cours de la plaidoirie que ces documents avaient été présentés dans le but d'«étayer» la déclaration selon laquelle les comprimés d'Apotex contiendraient un sel de sodium, de potassium ou d'aluminium. Il s'agissait d'un fait clé relatif à une question controversée. On produit normalement, en pièces jointes aux affidavits, les ouvrages de référence, et les souscripteurs des affidavits attestent de leurs compétences scientifiques et confirment l'exactitude de ces documents sur le fondement de leur opinion d'expert. En l'espèce, le juge serait saisi d'éléments de preuve non appuyés par les affidavits ou non testés au moyen d'un contre-interrogatoire.

Les principes applicables en l'espèce sont ceux qui ont été appliqués dans l'affaire en radiation de marques de commerce *P.S. Partsource Inc. c. Canadian Tire Corp.*, où la Cour a radié des éléments de preuve qui constituaient du oui-dire, portaient sur une question controversée et causeraient un préjudice à l'autre partie si on laissait au juge des faits le soin de trancher cette question. Dans la présente affaire, le préjudice causé à Apotex était évident. Si on reportait la décision quant à l'admissibilité, Apotex se présenterait à l'audience sans savoir si la preuve sera admise et sans pouvoir y répondre ou mener un contre-interrogatoire à cet égard. Le rejet de la requête en radiation équivaldrait à permettre à une partie de présenter des éléments de preuve attaquant la crédibilité d'un témoin sans que celui-ci puisse y répondre.

Tant le protonotaire que la juge de première instance ont commis une erreur de droit en raison de leur mauvaise appréciation des faits. Il n'était pas, dans les circonstances, loisible à la Cour d'admettre d'office ces documents de référence. Cela ne veut cependant pas dire qu'il ne pourrait pas

properly be the subject of the judicial notice doctrine.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations,
SOR/93-122.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

P.S. Partsource v. Canadian Tire Corp. (2001), 11 C.P.R. (4th) 386; 200 F.T.R. 94; 267 N.R. 135 (F.C.A.); *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456; (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; 24 C.P.R. (2d) 195; 6 N.R. 440.

REFERRED TO:

Browne v. Dunn (1893), 6 R. 67 (H.L.).

AUTHORS CITED

Handbook of Pharmaceutical Excipients, 3rd ed. Washington, D.C.: American Pharmaceutical Assn., 2000.

Merck Index: An Encyclopedia of Chemicals, Drugs and Biologicals, 13th ed. Whitehouse Station N.J.: Merck, 2001.

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from an interlocutory order (2003 FC 981; [2003] F.C.J. No. 1254 (T.D.) (QL)) dismissing an appeal from an order of a Prothonotary denying a motion to strike an assertion in a memorandum of fact and law as well as certain references in the book of authorities. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Andrew R. Brodtkin and *Julie M. Perrin* for appellant (respondent).

Gunnars A. Gaikis for respondent (applicant) AstraZeneca Canada Inc.

No one appearing for respondents (respondents) Takeda Chemical Industries Ltd. and the Minister of Health.

y avoir des cas où les tribunaux pourraient légitimement reconnaître d'office des documents de référence scientifique.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-122.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

P.S. Partsource c. Canadian Tire Corp. (2001), 11 C.P.R. (4th) 386; 200 F.T.R. 94; 267 N.R. 135 (C.A.F.); *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456; (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; 24 C.P.R. (2d) 195; 6 N.R. 440.

DÉCISION CITÉE:

Browne v. Dunn (1893), 6 R. 67 (H.L.).

DOCTRINE

Handbook of Pharmaceutical Excipients, 3rd ed. Washington, D.C.: American Pharmaceutical Assn., 2000.

Merck Index: An Encyclopedia of Chemicals, Drugs and Biologicals, 13th ed. Whitehouse Station N.J.: Merck, 2001.

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEL d'une ordonnance interlocutoire (2003 CF 981; [2003] A.C.F. n° 1254 (1^{re} inst.) (QL)) rejetant un appel d'une ordonnance d'un protonotaire qui rejetait une requête en radiation d'une déclaration dans un mémoire des faits et du droit ainsi que certains renvois dans le cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Andrew R. Brodtkin et *Julie M. Perrin* pour l'appelante (défenderesse).

Gunnars A. Gaikis pour l'intimée (demanderesse) AstraZeneca Canada Inc.

Personne n'a comparu pour les intimés (défendeurs) Takeda Chemical Industries Ltd. et le ministre de la Santé.

SOLICITORS OF RECORD:

Goodmans LLP, Toronto, for appellant (respondent).
Smart & Biggar, Toronto, for respondent (applicant) AstraZeneca Canada Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Goodmans, s.r.l., Toronto, pour l'appelante (défenderesse).
Smart & Biggar, Toronto, pour l'intimée (demanderesse) AstraZeneca Canada Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] Malone J.A.: This is an appeal by Apotex from an interlocutory order of the Federal Court dated August 25, 2003, made in an application by AstraZeneca under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-122. In the application, AstraZeneca is seeking to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance to Apotex for Apo-Omeprazole tablets until the expiry of Canadian Patent 1338377 ('377 patent). The hearing of the application is scheduled for February 17-18, 2004.

[1] LE JUGE MALONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel, interjeté par Apotex, d'une ordonnance interlocutoire, en date du 25 août 2003, rendue par la Cour fédérale dans le cadre d'une demande présentée par AstraZeneca en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-122. Par sa demande, AstraZeneca cherche à faire interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex à l'égard des comprimés Apo-Oméprazole avant l'expiration du brevet canadien 1338377 (brevet '377). L'audition de la demande est prévue pour les 17 et 18 février 2004.

[2] The order dismissed an appeal from a Prothonotary, who in turn had dismissed the motion of Apotex to strike the following statement from paragraph 47 of AstraZeneca's memorandum of fact and law:

[2] Dans son ordonnance, la Cour fédérale a rejeté l'appel de l'ordonnance d'un protonotaire qui avait lui-même rejeté la requête d'Apotex visant à faire radier du mémoire des faits et du droit d'AstraZeneca la déclaration suivante, qui se trouve au paragraphe 47:

More particularly, Apotex' tablets contain sodium carboxymethylcellulose and sodium croscarmellulose which are sodium salts.

[TRADUCTION] Plus précisément, les comprimés d'Apotex contiennent du carboxyméthylcellulose sodique et de la croscarmellulose sodique, qui sont des sels de sodium.

and also to strike from the book of authorities submitted by AstraZeneca excerpts from two reference works cited in support of that statement. The Judge's reasons are reported as *AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2003 FC 981; [2003] F.C.J. No. 1254 (T.D.) (QL).

ainsi qu'à faire radier du cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine soumis par AstraZeneca des extraits de deux ouvrages de référence cités à l'appui de cette déclaration. Les motifs du juge sont exposés dans la décision *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CFP 981; [2003] A.C.F. n° 1254 (1^{re} inst.) (QL).

[3] There is no debate about the standard of review to be applied by this Court, and no suggestion that the Judge below erred in the standard of review she applied to the decision of the Prothonotary. The issue on appeal is whether the Judge and the Prothonotary both misconstrued the question they were called upon to determine. Both of them approached the issue as relating solely to the admissibility of evidence, which led them to

[3] Personne ne conteste la norme de contrôle que la Cour doit appliquer ni n'avance que la juge de première instance a appliqué à la décision du protonotaire une norme de contrôle erronée. La question à examiner dans le présent appel est de savoir si la juge et le protonotaire ont tous deux mal interprété la question qu'ils devaient trancher. Ils se sont uniquement penchés sur la question de l'admissibilité de la preuve, laissant ainsi au juge qui

defer the motion to strike to the judge who will hear the application for prohibition.

[4] The application was commenced as a result of a notice of allegation that Apotex sent to AstraZeneca which states, among other things, that its proposed product will not infringe the '377 patent. The '377 patent refers to certain compositions, including a basic inorganic salt. One of the grounds of the application for prohibition is the assertion by AstraZeneca that there would be infringement because the tablets to be produced by Apotex would contain a sodium salt.

[5] In its response to the application of AstraZeneca, Apotex filed the affidavit of Dr. Bernard Sherman. He was cross-examined. The cross-examinations apparently have left a debate as to whether or not Dr. Sherman admitted that the Apotex tablets would contain a sodium salt. That issue will be for the judge who hears the application.

[6] On May 26, 2002, AstraZeneca's application record was filed, with a memorandum of law that included paragraph 47, quoted above. That paragraph has three supporting citations. The first is Apotex's formulation documents which list the ingredients. The second and third are pages 308 and 454 from *The Merck Index: An Encyclopedia of Chemicals, Drugs and Biologicals*, 13th ed. and page 160 from *The Handbook of Pharmaceutical Excipients*, 3rd ed. Copies of those pages are included in AstraZeneca's book of authorities.

[7] None of the affidavits submitted by AstraZeneca made the statement that appears in paragraph 47, or referred to the two excerpts (which I refer to as the "reference materials").

[8] Apotex brought a motion to strike paragraph 47 and the reference materials on the basis that there was no evidence to support the statement. Apotex also argued that the reference materials had not been properly admitted as evidence and therefore could not support the statement, and that AstraZeneca was improperly attempting to enter evidence under

entendra la demande en interdiction le soin de se prononcer sur la requête en annulation.

[4] La demande découle d'un avis d'allégation qu'Apotex a envoyé à AstraZeneca. Elle y déclarait notamment que le produit proposé ne contreferait pas le brevet '377. Ce brevet mentionne certaines compositions, notamment un sel inorganique basique. Un des fondements de la demande en interdiction est l'allégation d'AstraZeneca selon laquelle il y aurait contrefaçon parce que les comprimés qu'Apotex voudrait produire contiendraient un sel de sodium.

[5] Dans sa réponse à la demande d'AstraZeneca, Apotex a déposé l'affidavit de M. Bernard Sherman, sur lequel ce dernier a été contre-interrogé. Les contre-interrogatoires semblent avoir laissé ouverte la question de savoir si M. Sherman a ou n'a pas admis que les comprimés d'Apotex contiendraient un sel de sodium. Il reviendra au juge qui entendra la demande de trancher cette question.

[6] Le 26 mai 2002, AstraZeneca a déposé son dossier de demande ainsi qu'un mémoire du droit, qui incluait le paragraphe 47 précité. Ce paragraphe est étayé par trois sources, la première étant les documents relatifs à la formulation d'Apotex, qui dressent la liste des ingrédients, et les deuxième et troisième étant les pages 308 et 454 de *The Merck Index: An Encyclopedia of Chemicals, Drugs and Biologicals*, 13^e éd., et la page 160 de *The Handbook of Pharmaceutical Excipients*, 3^e éd. On trouve des copies de ces pages dans le cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine d'AstraZeneca.

[7] Aucun des affidavits soumis par AstraZeneca ne contient la déclaration figurant au paragraphe 47 ni ne mentionne les deux extraits (les documents de référence).

[8] Apotex a présenté une requête en vue de faire radier le paragraphe 47 et les documents de référence pour le motif qu'aucun élément de preuve n'étayait la déclaration. Apotex a également fait valoir que les documents de référence n'avaient pas régulièrement été admis en preuve et ne pouvaient par conséquent pas appuyer la déclaration, et qu'AstraZeneca essayait, sous

the guise of authorities.

[9] The reference materials are not “authorities” in the classic sense. Generally, “authorities” are statutes, jurisprudence and other legal writings that set out or explain laws or legal principles. In oral argument, counsel for AstraZeneca acknowledged that the purpose for introducing the reference materials at this late date was to “shore up” or “nail down” what AstraZeneca asserts is a factual admission made by Dr. Sherman during cross-examination that the tablets will contain a sodium, potassium or aluminum salt. This can only mean that its real value is as evidence to prove a key fact relating to a controversial issue between the parties.

[10] Normally, a reference work would be attached as an exhibit to an affidavit given by a deponent who attests to his scientific credentials, asserts the relevance and authenticity of the work and confirms its accuracy based on his expert opinion; all subject to cross-examination in the normal way. It is then for the trier of fact to decide the relevance, admissibility and weight of the work. In this case, however, the procedure adopted by AstraZeneca will result in the trier of fact being presented with evidence that is unsupported by any affidavit or oral testimony and that is untested by cross-examination.

[11] The Judge below accepted the argument of counsel for AstraZeneca that the reference materials are a permitted source of information with respect to a fact of which a court may properly take judicial notice. Judicial notice can be taken of facts unproven by any party but that are so notorious as to be beyond reasonable dispute, or that are capable of immediate and accurate demonstration by reference to readily accessible sources of indisputable accuracy, such as texts, dictionaries, almanacs and other reference works (see Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in*

le couvert de la présentation d’un cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine, d’introduire de façon irrégulière des éléments de preuve.

[9] Les documents de référence ne sont pas des lois, règlements, jurisprudence et doctrine au sens classique de l’expression. On entend généralement par ces termes les textes législatifs, la jurisprudence et les autres écrits juridiques qui énoncent ou expliquent les règles de droit ou les principes juridiques. Au cours de la plaidoirie, l’avocat d’AstraZeneca a reconnu que cette présentation tardive des documents de référence visait à «étayer» ou à «mettre sur papier» l’admission factuelle que, selon AstraZeneca, M. Sherman aurait faite lors de son contre-interrogatoire, à savoir que les comprimés contiendront un sel de sodium, de potassium ou d’aluminium. Ainsi, il ne peut donc s’agir que d’une chose: une preuve à l’égard d’un fait clé relatif à une question controversée entre les parties.

[10] On produit normalement, en pièces jointes aux affidavits, les ouvrages de référence. Les souscripteurs des affidavits attestent de leurs compétences scientifiques ainsi que de la pertinence et de l’authenticité des ouvrages, et confirment l’exactitude de ces documents sur le fondement de leur opinion d’expert. Ils peuvent être contre-interrogés selon la procédure normale. Le juge des faits doit ensuite trancher les questions de la pertinence, de l’admissibilité et du poids à accorder aux ouvrages. En l’espèce, la procédure adoptée par AstraZeneca aura cependant la conséquence suivante: le juge des faits sera saisi d’éléments de preuve non appuyés par les affidavits ou par les plaidoiries et n’ayant pas été testés au moyen d’un contre-interrogatoire.

[11] La juge de première instance a accepté l’argument de l’avocat d’AstraZeneca suivant lequel les documents de référence peuvent constituer une source de renseignements relativement à un fait dont un tribunal peut légitimement prendre connaissance d’office. L’admission d’office peut viser des faits non prouvés par une partie, mais qui sont notoires au point de ne pouvoir être contestés, ou des faits dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable, comme les traités, les dictionnaires, les

Canada, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1999), at page 1058). However, in the case of a disputed fact, especially one that is of critical importance to a case, such references must be used with care.

[12] In my view, the principles to be applied in this case are the same as those that were applied in *P.S. Partsource Inc. v. Canadian Tire Corp.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 386 (F.C.A.). That case involved trade-mark expungement proceedings, which are determined on affidavit evidence. One party sought to strike evidence that was hearsay. This Court acknowledged that an interlocutory motion to strike evidence usually will fail because the matter is best left to the trier of fact. However, an exception may be made, and was made in that case, because it was demonstrated that the evidence was hearsay that went to a controversial issue, and that the other party would be prejudiced by leaving the matter for disposition by the trier of fact.

[13] In this case, the prejudice to Apotex is obvious. If the determination of the admissibility of this evidence is deferred to the judge hearing the application for prohibition, Apotex will attend the hearing not knowing whether the evidence will be included in the record and not being able to respond to or cross-examine upon this evidence. If the motion to strike is not allowed, the result is tantamount to permitting a party to adduce evidence to impugn the credibility or reliability of a witness without confronting the witness with that evidence or giving the witness an opportunity to explain: see *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.).

[14] I see no relevant distinction between this case and *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456 (which was not brought to the attention of the Judge or the Prothonotary in this case). There, two reference works were referred to and relied on by the Tariff Board in a decision. These works were not put in evidence or referred to at the hearing. Writing

almanachs et autres ouvrages de référence (voir Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1999), à la page 1058). La prudence s'impose cependant lorsqu'on utilise de telles sources à l'égard d'un fait contesté, particulièrement s'il s'agit d'un fait dont l'importance est cruciale pour l'affaire.

[12] À mon avis, les principes applicables en l'espèce sont les mêmes que ceux qui ont été appliqués dans l'arrêt *P.S. Partsource Inc. c. Canadian Tire Corp.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 386 (C.A.F.), où la Cour a statué sur une procédure en radiation de marques de commerce sur le fondement d'une preuve par affidavits. Une des parties a cherché à faire radier des éléments de preuve qui constituaient du ouï-dire. La Cour a reconnu que les requérants ont rarement gain de cause dans leurs requêtes interlocutoires visant à faire radier des éléments de preuve parce qu'il était préférable que le juge des faits tranche ces questions. On peut toutefois faire exception à cette règle. On l'a fait en l'espèce parce qu'on a démontré que la preuve constituait du ouï-dire sur une question controversée et que l'autre partie subirait un préjudice si on laissait au juge des faits le soin de trancher cette question.

[13] Dans la présente affaire, le préjudice causé à Apotex est évident. Si la décision quant à l'admissibilité de la preuve contestée est laissée au juge qui entendra la demande d'interdiction, Apotex devra se présenter à l'audience sans savoir si le dossier contiendra cette preuve et sans pouvoir y répondre ou contre-interroger les témoins à cet égard. Le rejet de la requête en radiation équivaldrait à permettre à une partie de présenter des éléments de preuve attaquant la crédibilité ou la fiabilité d'un témoin sans que celui-ci puisse répondre à ces éléments de preuve ou sans qu'il ait la possibilité de s'expliquer: voir *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.).

[14] Je ne vois aucune distinction pertinente entre cet arrêt et l'arrêt *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456 (qui n'a pas été, dans la présente affaire, invoqué devant la juge ou le protonotaire). Dans cet arrêt, la Commission du tarif avait mentionné deux ouvrages de référence et s'était fondée sur ces documents pour rendre une décision. Ces

for a unanimous panel, Pigeon J. stated at page 463 as follows:

In my view, the objection is wellfounded. While the Board is authorized by statute to obtain information otherwise than under the sanction of an oath or affirmation . . . this does not authorize it to depart from the rules of natural justice. It is clearly contrary to those rules to rely on information obtained after the hearing was complete without disclosing it to the parties and giving them an opportunity to meet it. [My emphasis.]

[15] I conclude that the orders of the Prothonotary and the Judge were based on a misapprehension of the facts which led to an error of law. In my analysis, the reference materials are evidence and there is no basis to conclude otherwise. With respect to the doctrine of judicial notice, there is no basis to support the conclusion that this Court can take judicial notice of these materials in the circumstances of this case.

[16] I hasten to add that there may well be instances where scientific reference materials may properly be the subject of the doctrine of judicial notice. However, the factual underpinnings surrounding this appeal do not support that conclusion here.

[17] The appeal should be allowed, and the orders of the Motions Judge dated August 25, 2003 and the Prothonotary dated July 8, 2003 should be set aside. An order should issue striking the reference materials from AstraZeneca's book of authorities and the impugned sentence from its factum. Apotex should have its costs throughout.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

ouvrages n'avaient pas été présentés en preuve et n'avaient pas été mentionnés à l'audience. Le juge Pigeon a écrit, dans les motifs unanimes de la Cour, ce qui suit, à la page 463:

À mon avis, cette objection est fondée. Bien que la loi autorise la Commission à obtenir des renseignements autrement que sous la sanction d'un serment ou d'une affirmation [. . .], elle n'est pas pour autant autorisée à s'écarter des règles de justice naturelle. Il est nettement contraire à ces règles de s'en rapporter à des renseignements obtenus après la fin de l'audience sans en avertir les parties et leur donner la possibilité de les réfuter. [Non souligné dans l'original.]

[15] Je conclus que les ordonnances du protonotaire et de la juge étaient fondées sur une mauvaise appréciation des faits ayant causé une erreur de droit. Mon analyse démontre que les documents de référence constituent des éléments de preuve et rien ne permet d'arriver à une conclusion différente. En ce qui concerne la doctrine de la connaissance d'office, rien n'appuie la conclusion selon laquelle la Cour peut, dans les circonstances de l'espèce, admettre d'office ces documents.

[16] Je m'empresse d'ajouter que, dans certains cas, les tribunaux peuvent légitimement reconnaître d'office des documents de référence scientifiques. Toutefois, les faits du présent appel n'étaient pas une telle conclusion en l'espèce.

[17] L'appel devra être accueilli et l'ordonnance de la juge des requêtes, en date du 25 août 2003, et celle du protonotaire, en date du 8 juillet 2003, devront être annulées. Une ordonnance devra radier les documents de référence du cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine d'AstraZeneca, et la phrase contestée de son mémoire. Apotex aura droit à ses dépens dans toutes les instances.

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.