

A-115-20
A-43-20
A-13-20
A-477-19
2021 FCA 122

A-115-20
A-43-20
A-13-20
A-477-19
2021 CAF 122

**ViiV Healthcare Company, Shionogi & Co., Ltd. and
ViiV Healthcare ULC (Appellants)**

**ViiV Healthcare Company, Shionogi & Co., Ltd. et
ViiV Healthcare ULC (appelantes)**

v.

c.

Gilead Sciences Canada, Inc. (Respondent)

Gilead Sciences Canada, Inc. (intimée)

**INDEXED AS: ViiV HEALTHCARE COMPANY v. GILEAD
SCIENCES CANADA, INC.**

**RÉPERTORIÉ : ViiV HEALTHCARE COMPANY c. GILEAD
SCIENCES CANADA, INC.**

Federal Court of Appeal, Stratas, Laskin and Mactavish
J.J.A.—By videoconference, April 19; Ottawa, June 16,
2021.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Laskin et Mactavish,
J.C.A.—Par vidéoconférence, 19 avril; Ottawa, 16 juin
2021.

Patents — Appeals from three interlocutory orders of Federal Court; one summary judgment from Federal Court dismissing appellants' patent infringement action against respondent — Patent in issue, Canadian Patent No. 2606282, covering several classes of chemical compounds — Appellants believing that respondent's compound, bictégravir, component of drug for treating HIV, infringing their patent — Thus, bringing action against respondent for patent infringement — Respondent counterclaimed on basis that appellants' patent invalid — Respondent brought motion for summary trial under Federal Courts Rules, r. 216 on issue of patent infringement — Appellants objected thereto; brought motion to adjourn or quash respondent's motion — Federal Court dismissed appellants' motion, stated that summary trial would proceed — Also dismissed appellants' motion to compel production of certain documents, appellants' hearsay objection to admission into evidence of product monograph of bictégravir — Federal Court found bictégravir not infringing patent at issue — As result, granted summary judgment in favour of respondent — Appellants challenged this, alleging number of legal grounds for reversal — However, there were no grounds to set aside Federal Court's grant of summary judgment in favour of respondent — Construction of patent is question of law; however, Federal Court is entitled to deference in its appreciation of evidence, particularly expert evidence, which affects construction — Respecting fact that Federal Court referred to patent disclosure when construing claims, is trite law that patent must be read contextually in light of entire patent, all of necessary expert evidence — Part of necessary context is disclosure — While Federal Court found claims "clear and

Brevets — Appels interjetés à l'encontre de trois ordonnances interlocutoires rendues par la Cour fédérale et d'un jugement sommaire par lequel la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de brevet des appelantes contre l'intimée — Le brevet en litige, le brevet canadien n° 2606282, vise plusieurs classes de composés chimiques — Les appelantes ont estimé que le composé de l'intimée, le bictégravir, un des composants d'un médicament utilisé dans le traitement du VIH, contrefaisait leur brevet — Elles ont donc intenté une action en contrefaçon de brevet contre l'intimée — L'intimée a déposé une demande reconventionnelle en faisant valoir l'invalidité du brevet des appelantes — L'intimée a déposé une requête en procès sommaire, en application de la règle 216 des Règles des Cours fédérales, relativement à la question de la contrefaçon de brevet — Les appelantes ont fait valoir leur opposition à la requête et en ont demandé l'ajournement ou l'annulation par voie de requête — La Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes et a conclu que le procès sommaire irait de l'avant — Elle a aussi rejeté la requête présentée par les appelantes en vue de contraindre la production de certains documents et l'objection fondée sur le oui dire présentée par les appelantes, qui s'opposaient à l'admission en preuve de la monographie du bictégravir — La Cour fédérale a conclu que le bictégravir ne contrefaisait pas le brevet en cause — Elle a donc rendu un jugement sommaire en faveur de l'intimée — Les appelantes ont avancé plusieurs motifs de droit au soutien de l'annulation de cette décision — Toutefois, il n'existait aucun motif justifiant l'annulation du jugement sommaire rendu par la Cour fédérale en faveur de l'intimée — L'interprétation d'un brevet est une question de droit; il y a

unambiguous”, found it necessary to go beyond terms of claim, resort to disclosure — As to biology/virology evidence from respondent in construction of patent, while patents should be construed contextually in light of entire patent, all of necessary expert evidence, not meaning that to understand specific portion of claim, court must always take into account every conceivable part of context, whether or not it is useful to construction — Where, as here, some piece of context not assisting with construction, Federal Court need not consider it — In this case, biology/virology evidence would not have assisted in interpretation — If virology/biology evidence were required, Federal Court had access to it — Appeals dismissed.

Practice — Judgments and Orders — Appellants believing that respondent’s compound, bictegravir, component of drug for treating HIV, infringing their patent (Canadian Patent No. 2606282) — Thus, bringing action against respondent for patent infringement — Respondent counterclaiming on basis that appellants’ patent invalid — Appellants sought to overturn Federal Court’s finding that summary judgment trial was appropriate proceeding to advance litigation, narrow issues in dispute given narrow, well-defined issues before Court — Federal Court found that it was in a position to grant judgment — In so doing, not ignoring issue of onus of proof or erring in law or in fact — Appellants’ submissions in that regard not identifying extricable legal question on which Federal Court erring — In substance, appellants asking Federal Court of Appeal to reweigh matter, come to different conclusion — Not Federal Court of Appeal’s task on appeal — If Federal Court not committing legal error or palpable and overriding error in applying law to circumstances of litigation before it, Federal Court of Appeal cannot interfere — Federal Court of Appeal is especially loath to interfere where, as here, particular judge of Federal Court either case managing or closely involved in regulating course of proceedings — Appellants not demonstrating any reversible error on part of Federal Court — However, it was incorrect for Federal Court to suggest it had no authority to consider preliminary motions to quash motions for summary judgment or motions for summary trial, given availability of such motions — In rare circumstances, motions

lieu toutefois de faire preuve de retenue quant à l’appréciation par la Cour fédérale de la preuve, en particulier de la preuve d’expert, qui influe sur l’interprétation — En ce qui concerne le fait que la Cour fédérale a renvoyé à la divulgation du brevet pour l’interprétation des revendications, il est acquis en matière jurisprudentielle qu’un brevet doit être interprété dans l’intégralité de son contexte, à la lumière de l’ensemble de la preuve d’expert nécessaire — La divulgation fait partie du contexte nécessaire — Même si elle a conclu que le libellé des revendications était « clair et sans ambiguïté », la Cour fédérale a jugé nécessaire de ne pas se limiter au libellé de la revendication et de recourir à la divulgation — En ce qui concerne la preuve sur la biologie et la virologie provenant de l’intimée dans l’interprétation du brevet, s’il est vrai que les brevets doivent être interprétés dans leur contexte, à la lumière du brevet dans son ensemble et de toute la preuve d’expert nécessaire, cela ne signifie pas que, pour comprendre un volet précis d’une revendication, le tribunal doit toujours prendre en compte chaque élément plausible du contexte, qu’il soit ou non utile à l’interprétation — Lorsque certains éléments du contexte n’éclairaient pas l’interprétation, comme en l’espèce, la Cour fédérale n’a pas à en tenir compte — En l’espèce, les éléments de preuve sur la biologie ou la virologie n’auraient pas facilité l’interprétation — En outre, si des éléments de preuve sur la biologie ou la virologie avaient été nécessaires, la Cour fédérale les avait à sa disposition — Appels rejetés.

Pratique — Jugements et ordonnances — Les appelantes ont estimé que le composé de l’intimée, le bictégravir, un des composants d’un médicament utilisé dans le traitement du VIH, contrefaisait leur brevet (brevet canadien n° 2606282) — Elles ont donc intenté une action en contrefaçon de brevet contre l’intimée — L’intimée a déposé une demande reconventionnelle en faisant valoir l’invalidité du brevet des appelantes — Les appelantes ont demandé que soit infirmée la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle un jugement (procès) sommaire était une procédure appropriée pour faire avancer le litige et limiter les questions en litige étant donné les questions étroites et bien définies dont la Cour fédérale était saisie — La Cour fédérale a conclu qu’elle pouvait rendre un jugement — Ce faisant, elle n’a pas omis de tenir compte du fardeau de la preuve, ni commis une erreur de droit ou de fait — Dans leurs observations sur la question, les appelantes n’ont soulevé aucune erreur de la Cour fédérale sur une question de droit isolable — Les appelantes demandaient essentiellement à la Cour d’appel fédérale de réexaminer l’affaire et de parvenir à une conclusion différente — Ce n’est pas là le rôle d’une cour d’appel — À défaut d’une erreur de droit ou d’une erreur manifeste et dominante de la part de la Cour fédérale dans l’application du droit aux circonstances de l’affaire, la Cour d’appel fédérale ne peut intervenir — La Cour d’appel fédérale est particulièrement réticente à intervenir lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, le juge de la Cour fédérale assurait la gestion de l’instance ou participait étroitement à la gestion du

to quash or to adjourn motion can be brought — When brought early, dealt with quickly, can proactively advance objectives of Federal Courts Rules, r. 3; stop harmful litigation conduct — In this way, motions to quash or adjourn analogous to motions under Rules concerning scheduling, case management, restraining of abuses of process — Thus, although not expressly permitted by specific rule, such motions falling under r. 4 — Rule 3 providing that Federal Courts Rules shall be interpreted, applied so that “every proceeding” is determined “on its merits” in just, most expeditious, least expensive way — Ultimately, Court must be satisfied that prerequisites in Federal Courts Rules for summary judgment or summary trial, understood in light of r. 3, met; that able to grant summary judgment, fairly, justly, on evidence adduced, law.

These were four appeals by the appellants. Three were from interlocutory orders of the Federal Court and one was from its summary judgment dismissing the appellants' patent infringement action against the respondent. The patent in issue, Canadian Patent No. 2606282, covers several classes of chemical compounds. The appellants took the view that the respondent's compound, bictegravir, a component of a drug for treating HIV, infringed their patent. So they brought an action against the respondent for patent infringement. The respondent counterclaimed on the basis that the appellants' patent was invalid. In August 2019, about 18 months into the action, the respondent brought a motion for summary trial under the *Federal Courts Rules*, rule 216 on the issue of patent infringement. The Federal Court scheduled the motion to be heard in January 2020. The appellants objected to the bringing of the motion and stated they would move to adjourn or quash it. However, they did not complete their filings on the motion to quash until December 2019, just before the hearing of the summary trial. By that time, the parties had done significant preparations for the summary trial. That motion was dismissed by the Federal Court, which stated that the summary trial would proceed. Along the way, the Federal Court also dismissed two other interlocutory motions brought by the appellants. It dismissed the appellants' motion to compel

déroulement de l'instance — Les appelantes n'ont pas établi quelque erreur de la part de la Cour fédérale qui justifierait l'infirmité de sa décision — Toutefois, la Cour fédérale a indiqué à tort qu'elle n'était pas habilitée à examiner des requêtes préliminaires visant à obtenir l'annulation de requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire, étant donné les requêtes en annulation ou en ajournement possibles — Il est possible, dans de rares circonstances, de présenter une requête en vue d'obtenir l'annulation ou l'ajournement d'une autre requête — Lorsqu'elles sont présentées tôt et examinées rapidement, ces requêtes peuvent contribuer de manière proactive à l'atteinte des objectifs énoncés à la règle 3 des Règles des Cours fédérales et mettre un frein aux conduites préjudiciables — Dans cette optique, les requêtes en annulation ou en ajournement sont analogues aux requêtes prévues dans les Règles relativement à l'inscription des causes au rôle, à la gestion des instances et aux abus de procédure — Par conséquent, même si elles ne sont pas expressément autorisées par une disposition précise des Règles, ces requêtes tombent sous le coup de la règle 4 — La règle 3 dispose que les Règles des Cours fédérales sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible » — Au bout du compte, la Cour doit être d'avis qu'il est satisfait aux conditions préalables définies dans les Règles des Cours fédérales relatives au jugement ou au procès sommaires, interprétées à la lumière de la règle 3, et qu'elle peut rendre un jugement sommaire d'une manière juste et équitable sur le fondement des éléments de preuve présentés et du droit.

Il s'agissait de quatre appels interjetés par les appelantes. Trois de ces appels ont été interjetés à l'encontre d'ordonnances interlocutoires rendues par la Cour fédérale et l'un d'eux a été interjeté à l'encontre du jugement sommaire par lequel elle a rejeté l'action en contrefaçon de brevet des appelantes contre l'intimée. Le brevet en litige, le brevet canadien n° 2606282, vise plusieurs classes de composés chimiques. Les appelantes ont estimé que le composé de l'intimée, le bictégravir, un des composants d'un médicament utilisé dans le traitement du VIH, contrefaisait leur brevet. Elles ont donc intenté une action en contrefaçon de brevet contre l'intimée. L'intimée a déposé une demande reconventionnelle en faisant valoir l'invalidité du brevet des appelantes. En août 2019, quelque 18 mois après le début de l'action, l'intimée a déposé une requête en procès sommaire, en application de la règle 216 des *Règles des Cours fédérales*, relativement à la question de la contrefaçon de brevet. La Cour fédérale a fixé l'instruction de la requête à janvier 2020. Les appelantes ont fait valoir leur opposition à la requête et ont déclaré qu'elles en demanderaient l'ajournement ou l'annulation par voie de requête. Ce n'est toutefois qu'en décembre 2019, soit juste avant le début de l'instruction du procès sommaire, qu'elles ont fini par déposer tous les documents requis pour la requête en annulation. Les parties avaient alors déjà monté en grande partie leur dossier en vue du procès sommaire.

production of certain documents and the appellants' hearsay objection to the admission into evidence of the product monograph of bictégravir.

Held, the appeals should be dismissed.

The appellants sought to overturn the Federal Court's finding that a summary judgment [trial] was an appropriate proceeding to advance the litigation and narrow the issues in dispute given the narrow and well-defined issues before the Federal Court. The Federal Court found that given the facts and the law before it, it was in a position to grant judgment. In so doing, it did not ignore the issue of onus of proof, nor did it err in law or in fact. The appellants' submissions in that regard did not identify an extricable legal question on which the Federal Court erred. In substance, the appellants were asking the Court to reweigh the matter and come to a different conclusion. On appeal, that is not the Court's task. If the Federal Court does not commit legal error and does not commit palpable and overriding error in applying the law to the circumstances of the litigation before it, the Federal Court of Appeal cannot interfere. The Federal Court of Appeal is especially loath to interfere where, as here, a particular judge of the Federal Court was either case-managing or was closely involved in regulating the course of the proceedings. The appellants did not demonstrate any reversible error on the part of the Federal Court.

In the course of its reasons on the motion to quash or adjourn, the Federal Court suggested it has no authority to consider preliminary motions to quash motions for summary judgment or motions for summary trial. However, given the availability of such motions, this was incorrect. In rare circumstances, motions to quash or to adjourn a motion can be brought. When brought early and dealt with quickly before time is wasted and the resources of the Court and the parties are squandered, they can proactively advance the objectives of rule 3 and stop harmful litigation conduct in its tracks. In this way, motions to quash or adjourn are analogous to motions under the *Federal Courts Rules* concerning scheduling, case management and the restraining of abuses of process. Thus, although not expressly permitted by a specific rule, these motions fall under rule 4. Rule 3 provides that the *Federal Courts Rules* shall be interpreted and applied so that "every proceeding" is determined "on its merits" in "the just, most expeditious and least expensive" way. Ultimately, the Court must be satisfied that the prerequisites in the *Federal Courts Rules* for

La Cour fédérale a rejeté la requête en question et a conclu que le procès sommaire irait de l'avant. Dans l'intervalle, la Cour fédérale a aussi rejeté deux autres requêtes interlocutoires présentées par les appelantes. Elle a rejeté la requête présentée par les appelantes en vue de contraindre la production de certains documents et l'objection fondée sur le oui-dire présentée par les appelantes, qui s'opposaient à l'admission en preuve de la monographie du bictégravir.

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

Les appelantes ont demandé que soit infirmée la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle un jugement (procès) sommaire était une procédure appropriée pour faire avancer le litige et limiter les questions en litige étant donné les questions étroites et bien définies dont la Cour fédérale était saisie. La Cour fédérale a conclu qu'elle pouvait rendre un jugement, eu égard au droit et aux faits qui lui avaient été présentés. Ce faisant, elle n'a pas omis de tenir compte du fardeau de la preuve, ni commis une erreur de droit ou de fait. Dans leurs observations sur la question, les appelantes n'ont soulevé aucune erreur de la Cour fédérale sur une question de droit isolable. Les appelantes demandaient essentiellement à la Cour de réexaminer l'affaire et de parvenir à une conclusion différente. Ce n'est pas là le rôle d'une cour d'appel. À défaut d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et dominante de la part de la Cour fédérale dans l'application du droit aux circonstances de l'affaire, la Cour d'appel fédérale ne peut intervenir. La Cour d'appel fédérale est particulièrement réticente à intervenir lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le juge de la Cour fédérale assurait la gestion de l'instance ou participait étroitement à la gestion du déroulement de l'instance. Les appelantes n'ont pas établi quelque erreur de la part de la Cour fédérale qui justifierait l'infirmité de sa décision.

Dans ses motifs au sujet de la requête en annulation ou en ajournement, la Cour fédérale a indiqué qu'elle n'est pas habilitée à examiner des requêtes préliminaires visant à obtenir l'annulation de requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire. C'était inexact, étant donné les requêtes en annulation ou en ajournement possibles. Il est possible, dans de rares circonstances, de présenter une requête en vue d'obtenir l'annulation ou l'ajournement d'une autre requête. Lorsqu'elles sont présentées tôt et examinées rapidement, avant qu'elles n'occasionnent des pertes de temps et ne causent un gaspillage des ressources de la Cour et des parties, ces requêtes peuvent contribuer de manière proactive à l'atteinte des objectifs énoncés à la règle 3 et mettre un frein aux conduites préjudiciables. Dans cette optique, les requêtes en annulation ou en ajournement sont analogues aux requêtes prévues dans les *Règles des Cours fédérales* relativement à l'inscription des causes au rôle, à la gestion des instances et aux abus de procédure. Par conséquent, même si elles ne sont pas expressément autorisées par une disposition précise des Règles, ces requêtes tombent

summary judgment or summary trial, understood in light of rule 3, are met and that it is able to grant summary judgment, fairly and justly, on the evidence adduced and the law.

The Federal Court found bictégravir did not infringe the patent. As a result, it granted summary judgment in favour of the respondent. The appellants challenged this, alleging a number of legal grounds for reversal. However, there were no grounds to set aside the Federal Court's grant of summary judgment in favour of the respondent. The Federal Court's judgment turned on its construction of specific claims of the patent in question and the construction of "Ring A" described in those claims. It agreed with the respondent and found that "Ring A", as defined in the claims at issue, (defined, in particular, as an optionally substituted heterocycle) includes only spiro and fused bicyclic rings, not bridged bicyclic rings. In the course of its reasons, the Federal Court found the claims themselves were unclear, such that a person ordinary skilled in the art (POSITA) would not know what is covered and what is not. As a result, the POSITA would have to resort to the patent disclosure to determine the scope of "Ring A". Moreover, construction of a patent is a question of law. However, the Federal Court is entitled to deference in its appreciation of the evidence, particularly the expert evidence, which affects the construction. Respecting the fact that the Federal Court referred to the patent disclosure when construing the claims, it is trite law that a patent must be read contextually in light of the entire patent and all of the necessary expert evidence. Part of the necessary context is the disclosure. While the Federal Court found the claims "clear and unambiguous", it found it necessary to go beyond the terms of the claim and resort to the disclosure. The reasons of first-instance courts are to be read holistically, making due allowance for awkward expression and efforts to synthesize reams of information. This means, among other things, that isolated sentences in reasons must be read in the context of the reasons and the record before the Court. In this case, it was obvious that the Federal Court understood correctly the role of disclosure in construing patent claims. As to biology/virology evidence from the respondent in the construction of the patent, while patents should be construed contextually in light of the entire patent and all of the necessary expert evidence, this does not mean that to understand a specific portion of a claim a court must always take into account every conceivable part of the context, whether or not it is useful to the construction. Where, as here, some piece of context does not assist with the construction, the Federal Court need not consider it. In this case, biology/virology evidence would not have assisted in the

son le coup de la règle 4. La règle 3 dispose que les *Règles des Cours fédérales* sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible ». Au bout du compte, la Cour doit être d'avis qu'il est satisfait aux conditions préalables définies dans les *Règles des Cours fédérales* relatives au jugement ou au procès sommaires, interprétées à la lumière de la règle 3, et qu'elle peut rendre un jugement sommaire d'une manière juste et équitable sur le fondement des éléments de preuve présentés et du droit.

La Cour fédérale a conclu que le bictégravir ne contrefaisait pas le brevet. Elle a donc rendu un jugement sommaire en faveur de l'intimée. Les appelantes ont avancé plusieurs motifs de droit au soutien de l'annulation de cette décision. Toutefois, il n'existait aucun motif justifiant l'annulation du jugement sommaire rendu par la Cour fédérale en faveur de l'intimée. Le jugement de la Cour fédérale reposait sur son interprétation de certaines revendications du brevet en question et son interprétation du « cycle A » qui y est défini. La Cour fédérale a souscrit à la thèse de l'intimée et a conclu que le « cycle A », tel qu'il est défini dans les revendications en question (décrit plus particulièrement comme un hétérocycle facultativement substitué), comprend uniquement les structures bicycliques spiraniques ou fusionnées, et ne comprend pas les structures pontées. Dans ses motifs, la Cour fédérale a conclu que les revendications elles-mêmes n'étaient pas claires et qu'une personne versée dans l'art ne saurait pas ce qu'elles visent et ce qu'elles ne visent pas. La personne versée dans l'art devrait donc consulter la divulgation du brevet pour déterminer la portée du « cycle A ». En outre, l'interprétation d'un brevet est une question de droit. Il y a lieu toutefois de faire preuve de retenue quant à l'appréciation par la Cour fédérale de la preuve, en particulier de la preuve d'expert, qui influe sur l'interprétation. En ce qui concerne le fait que la Cour fédérale a renvoyé à la divulgation du brevet pour l'interprétation des revendications, il est acquis en matière jurisprudentielle qu'un brevet doit être interprété dans l'intégralité de son contexte, à la lumière de l'ensemble de la preuve d'expert nécessaire. La divulgation fait partie du contexte nécessaire. Même si elle a conclu que le libellé des revendications était « clair et sans ambiguïté », la Cour fédérale a jugé nécessaire de ne pas se limiter au libellé de la revendication et de recourir à la divulgation. Il faut interpréter les motifs des tribunaux de première instance de façon globale, en usant d'indulgence pour les expressions maladroitement et les efforts faits pour résumer une abondance de renseignements. Il en découle notamment que les phrases isolées extraites des motifs doivent être interprétées à la lumière des motifs et du dossier qui a été présenté à la Cour. En l'espèce, il était évident que la Cour fédérale avait bien compris le rôle de la divulgation dans l'interprétation des revendications de brevet. En ce qui concerne la preuve sur la biologie et la virologie provenant de l'intimée dans l'interprétation du brevet, s'il est vrai que les brevets doivent être interprétés dans leur contexte, à

interpretation of “Ring A”. And if virology/biology evidence were required, the Federal Court had access to it.

la lumière du brevet dans son ensemble et de toute la preuve d’expert nécessaire, cela ne signifie pas que, pour comprendre un volet précis d’une revendication, le tribunal doit toujours prendre en compte chaque élément plausible du contexte, qu’il soit ou non utile à l’interprétation. Lorsque certains éléments du contexte n’éclairent pas l’interprétation, comme en l’espèce, la Cour fédérale n’a pas à en tenir compte. En l’espèce, les éléments de preuve sur la biologie ou la virologie n’auraient pas facilité l’interprétation du « cycle A ». En outre, si des éléments de preuve sur la biologie ou la virologie avaient été nécessaires, la Cour fédérale les avait à sa disposition.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 4, 213–215, 216, 369(2).

CASES CITED

APPLIED:

Hryniak v. Mauldin, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024.

CONSIDERED:

CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd., 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799.

REFERRED TO:

Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd., 2010 FC 966, 87 C.P.R. (4th) 412; *Bosa v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 793, 436 F.T.R. 288; *Premium Sports Broadcasting Inc. v. 9005-5906 Québec Inc. (Resto-bar Mirabel)*, 2017 FC 590; *Collins v. Canada*, 2014 FC 307, 2014 D.T.C. 5066; *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1040, 46 Imm. L.R. (4th) 209; *Trevor Nicholas Construction Co. Limited v. Canada (Minister of Public Works)*, 2011 FC 70, 328 D.L.R. (4th) 665; *Tremblay v. Orio Canada Inc.*, 2013 FC 109, [2014] 3 F.C.R. 404; *Teva Canada Limited v. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 FC 1169, 99 C.P.R. (4th) 398; *0871768 B.C. Ltd. v. Aestival (Vessel)*, 2014 FC 1047, 467 F.T.R. 1; *Burns Bog Conservation Society v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1024, 417 F.T.R. 98; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43, 412 D.L.R. (4th) 336; *Canada v. Olumide*, 2017 FCA 42, [2018] 2 F.C.R. 328; *Dugré v. Canada*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 4, 213–215, 216, 369(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Hryniak c. Mauldin, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd., 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799.

DÉCISIONS CITÉES :

Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd., 2010 CF 966; *Bosa c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 793; *Premium Sports Broadcasting Inc. c. 9005-5906 Québec Inc. (Resto-bar Mirabel)*, 2017 CF 590; *Collins c. Canada*, 2014 CF 307; *Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1040; *Trevor Nicholas Construction Co. Limited c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, 2011 CF 70; *Tremblay c. Orio Canada Inc.*, 2013 CF 109, [2014] 3 R.C.F. 404; *Teva Canada Limited c. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 CF 1169; *0871768 B.C. Ltd. c. Aestival (Navire)*, 2014 CF 1047; *Burns Bog Conservation Society c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1024; *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43; *Canada c. Olumide*, 2017 CAF 42, [2018] 2 R.C.F. 328; *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8; *Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 171; *Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 224; *Mazhero c. Fox*, 2014 CAF 219; *Philipos c. Canada (Procureur général)*,

(Attorney General), 2021 FCA 8; *Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 171; *Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 224; *Mazhero v. Fox*, 2014 FCA 219; *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268; *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral v. Aga*, 2021 SCC 22, 459 D.L.R. (4th) 425; *Manitoba v. Canada*, 2015 FCA 57, 470 N.R. 187; *Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc.*, 2018 FC 1112, 159 C.P.R. (4th) 275; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Mylan Pharmaceuticals ULC v. AstraZeneca Canada Inc.*, 2012 FCA 109, 432 N.R. 292; *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 FCA 333, [2014] 2 F.C.R. 459; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111; *ABB Technology AG v. Hyundai Heavy Industries Co., Ltd.*, 2015 FCA 181, 475 N.R. 341; *Bombardier Recreational Products Inc. v. Arctic Cat, Inc.*, 2018 FCA 172, 159 C.P.R. (4th) 319; *Apotex Inc. v. Astrazeneca Canada Inc.*, 2017 FCA 9; *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367; *Cobalt Pharmaceuticals Company v. Bayer Inc.*, 2015 FCA 116, 474 N.R. 311; *Janssen Inc. v. Teva Canada Limited*, 2015 FC 184, 128 C.P.R. (4th) 129; *Teva Canada Limited v. Janssen Inc.*, 2018 FC 754, 157 C.P.R. (4th) 391; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286.

APPEALS from three Federal Court interlocutory orders (2020 FC 11; 2019 FC 1579) and one Federal Court summary judgment (2020 FC 486, 173 C.P.R. (4th) 297) dismissing the appellants' patent infringement action against the respondent. Appeals dismissed.

APPEARANCES

Donald M. Cameron, R. Scott MacKendrick, Melanie Szweras, Michael Fenwick and Anastassia Trifonova for appellants.
Tim Gilbert, Nisha Anand, Andrew Moeser, Kevin P. Siu, Andrea Rico Wolf and Colin Carruthers for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Bereskin & Parr LLP, Toronto, for appellants.
Gilbert's LLP, Toronto, for respondent.

2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268; *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral c. Aga*, 2021 CSC 22; *Manitoba c. Canada*, 2015 CAF 57; *Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.*, 2018 CF 1112; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Mylan Pharmaceuticals ULC c. AstraZeneca Canada Inc.*, 2012 CAF 109; *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 CAF 333, [2014] 2 R.C.F. 459; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219; *ABB Technology AG c. Hyundai Heavy Industries Co., Ltd.*, 2015 CAF 181; *Bombardier Produits Récréatifs Inc. c. Arctic Cat, Inc.*, 2018 CAF 172; *Apotex Inc. c. Astrazeneca Canada Inc.*, 2017 CAF 9; *Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.*, 2019 CAF 179; *Cobalt Pharmaceuticals Company c. Bayer Inc.*, 2015 CAF 116; *Janssen Inc. c. Teva Canada Limited*, 2015 CF 184; *Teva Canada Limitée c. Janssen Inc.*, 2018 CF 754; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, 1981 CanLII 15; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165.

APPELS interjetés à l'encontre de trois ordonnances interlocutoires rendues par la Cour fédérale (2020 CF 11; 2019 CF 1579) et d'un jugement sommaire (2020 CF 486) par lequel la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de brevet des appelantes contre l'intimée. Appels rejetés.

ONT COMPARU :

Donald M. Cameron, R. Scott MacKendrick, Melanie Szweras, Michael Fenwick et Anastassia Trifonova pour les appelantes.
Tim Gilbert, Nisha Anand, Andrew Moeser, Kevin P. Siu, Andrea Rico Wolf et Colin Carruthers pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bereskin & Parr LLP, Toronto, pour les appelantes.
Gilbert's LLP, Toronto, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: The appellants (collectively ViiV) appeal from three interlocutory orders of the Federal Court (all *per* Manson J.). ViiV also appeals a summary judgment dismissing its patent infringement action against the respondent, Gilead (*per* Manson J.): *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2020 FC 486, 173 C.P.R. (4th) 297 [2020 FC 486].

[2] For the reasons that follow, I would dismiss the appeals with costs.

A. Background and the appeals from the interlocutory orders

[3] The patent in issue, Canadian Patent No. 2606282, owned by some of the ViiV companies, covers several classes of chemical compounds.

[4] ViiV took the view that Gilead's compound, bictégravir, a component of a drug for treating HIV, infringed its patent. So it brought an action against Gilead for patent infringement. Gilead counterclaimed on the basis that ViiV's patent was invalid.

[5] In August 2019, roughly 18 months into the action, Gilead brought a motion for summary trial under rule 216 [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules)] on the issue of patent infringement. The Federal Court scheduled the motion to be heard in January 2020.

[6] ViiV objected to the bringing of the motion and stated it would move to adjourn or quash it. However, ViiV did not complete its filings on the motion to quash until December 2019, just before the hearing of the summary trial. By that time, the parties had done significant preparations for the summary trial. For example, voluminous expert evidence had already been filed: *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2020 FC 11 [2020 FC 11], at paragraphs 10–12.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les appelantes (collectivement ViiV) interjettent appel de trois ordonnances interlocutoires rendues par la Cour fédérale (toutes sous la plume du juge Manson). ViiV interjette également appel d'un jugement sommaire rejetant son action en contrefaçon de brevet contre l'intimée, Gilead (sous la plume du juge Manson) : *ViiV Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2020 CF 486 [2020 CF 486].

[2] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais les appels avec dépens.

A. Énoncé des faits et appels interjetés à l'encontre des ordonnances interlocutoires

[3] Le brevet en litige, le brevet canadien n° 2606282, est la propriété de certaines sociétés de ViiV et vise plusieurs classes de composés chimiques.

[4] Estimant que le composé de Gilead, le bictégravir, un des composants d'un médicament utilisé dans le traitement du virus de l'immunodéficience humaine (le VIH), contrefaisait son brevet, ViiV a intenté une action en contrefaçon de brevet à Gilead. Gilead a déposé une demande reconventionnelle en faisant valoir l'invalidité du brevet de ViiV.

[5] En août 2019, quelque 18 mois après le début de l'action, Gilead a déposé une requête en procès sommaire, en application de la règle 216 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), relativement à la question de la contrefaçon de brevet. La Cour fédérale a fixé l'instruction de la requête à janvier 2020.

[6] ViiV a fait valoir son opposition à la requête et a déclaré qu'elle en demanderait l'ajournement ou l'annulation par voie de requête. Ce n'est toutefois qu'en décembre 2019, soit juste avant le début de l'instruction du procès sommaire, que ViiV a fini par déposer tous les documents requis pour la requête en annulation. Les parties avaient alors déjà monté en grande partie leur dossier en vue du procès sommaire. Une volumineuse preuve d'expert avait notamment déjà été déposée (*ViiV*

[7] The Federal Court dismissed the motion to adjourn or quash: 2020 FC 11. It held that the summary trial would go ahead. But whether it would grant summary judgment was a different matter. It said it would rule on the appropriateness of that at the summary trial itself: 2020 FC 11, at paragraph 22.

[8] In file A-13-20, ViiV appeals the Federal Court's dismissal of the motion to quash. The Federal Court conducted a factually suffused, discretionary assessment of the circumstances relevant to whether the summary trial should go ahead as scheduled. As well, the Federal Court found that many of the materials in support of the motion to quash were improper and the motion to quash was brought very late: 2020 FC 11, at paragraphs 12 and 19. In the course of its reasons, the Federal Court also offered some observations about the propriety of motions to quash. These observations will be addressed later in these reasons. Overall, ViiV has not established any reviewable error on the part of the Federal Court and so I would dismiss this appeal.

[9] Along the way, the Federal Court dismissed two other interlocutory motions brought by ViiV:

- The Federal Court dismissed ViiV's motion to compel production of certain documents: *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2019 FC 1579. ViiV appeals this in file A-477-19.
- The Federal Court dismissed ViiV's hearsay objection to the admission into evidence of the product monograph of bictégravir: order dated January 24, 2020. ViiV appeals this in file A-43-20.

Both of these appeals should be dismissed.

Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc., 2020 CF 11 [2020 CF 11], aux paragraphes 10 à 12).

[7] La Cour fédérale a rejeté la requête visant l'ajournement ou l'annulation (2020 CF 11). Elle a conclu que le procès sommaire irait de l'avant, sans toutefois indiquer si elle rendrait ou non un jugement sommaire. Elle a déclaré qu'elle se prononcerait sur l'opportunité d'une telle mesure au procès sommaire (2020 CF 11, au paragraphe 22).

[8] Dans le dossier A-13-20, ViiV interjette appel de la décision de la Cour fédérale de rejeter sa requête en annulation. La Cour fédérale a fait des circonstances pertinentes une évaluation discrétionnaire et largement fondée sur les faits, afin de déterminer si le procès sommaire devait être instruit comme prévu. La Cour fédérale a conclu que bon nombre des documents présentés à l'appui de la requête en annulation n'étaient pas pertinents et que cette dernière avait été déposée très tardivement (2020 CF 11, aux paragraphes 12 et 19). Dans ses motifs, la Cour fédérale a également formulé quelques observations sur le bien-fondé des requêtes en annulation. Ces observations sont examinées ci-après dans les présents motifs. Dans l'ensemble, ViiV n'a pu établir que la Cour fédérale eût commis quelque erreur susceptible de révision; je rejette donc le présent appel.

[9] Dans l'intervalle, la Cour fédérale a rejeté deux autres requêtes interlocutoires présentées par ViiV :

- la requête présentée par ViiV en vue de contraindre la production de certains documents : *ViiV Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2019 CF 1579. ViiV interjette appel de cette décision dans le dossier A-477-19.
- l'objection fondée sur le oui-dire présentée par ViiV, qui s'opposait à l'admission en preuve de la monographie du bictégravir (ordonnance rendue le 24 janvier 2020). ViiV interjette appel de cette décision dans le dossier A-43-20.

Ces deux appels devraient être rejetés.

[10] As for the appeal concerning the production of certain documents, there are two reasons why it should be dismissed. First, the documents are relevant only to a variant theory of infringement and later in these reasons I reject that theory. Second, ViiV argues that the productions are relevant to Gilead's counterclaim on the basis that the patent is invalid. But Gilead undertakes that it will discontinue its invalidity counterclaim if it is successful on all appeals. Given that I propose that very result, Gilead will discontinue its invalidity counterclaim and so the productions sought by ViiV are irrelevant.

[11] As for the appeal concerning the admissibility of the product monograph of bictégravir, I would also dismiss it. In the end, even if the Federal Court erred, its consideration of the monograph is of no moment. The record shows that the parties agreed on most of the structure of bictégravir, including, as we shall see, the most important part: it has a bridged bicyclic ring at the "Ring A" position. The parties only disagree about some stereochemistry which is irrelevant to the infringement issue: excerpts from plaintiffs' fresh as amended written representations, at paragraph 54, A-43-20, appeal book, Vol. 1, Tab 5 (Appendix 3), at pages 156–158. In response to questions at the hearing, ViiV could not say how this case would have been decided differently if the product monograph were excluded from evidence.

B. The summary trial issues

(1) *Introduction: a review of the principles*

[12] When a motion for summary judgment or summary trial is brought, how should the Court proceed? What exactly is the methodology the Court should follow? These days, the answer is rather unclear.

[13] Some suggest that the Court can consider first whether a motion for summary judgment or summary trial should be entertained at all and, if not, the Court, on

[10] L'appel relatif à la production de certains documents devrait être rejeté pour deux raisons. Premièrement, ces documents ne sont pertinents que pour appuyer une thèse fondée sur la contrefaçon par variantes — que je rejette dans les présents motifs. Deuxièmement, ViiV prétend que ces documents sont pertinents pour l'examen de la demande reconventionnelle fondée sur l'invalidité du brevet, présentée par Gilead. Cependant, Gilead s'engage à abandonner sa demande reconventionnelle fondée sur l'invalidité si elle a gain de cause dans tous les appels. Puisque c'est justement l'issue que je propose, Gilead abandonnera sa demande reconventionnelle fondée sur l'invalidité; la production de documents demandée par ViiV n'est donc pas pertinente.

[11] Quant à l'appel relatif à la recevabilité de la monographie du bictégravir, je le rejetterais également. En définitive, même si la Cour fédérale a commis une erreur, son examen de la monographie est sans importance. Le dossier montre que les deux parties se sont entendues sur la majeure partie de la structure du bictégravir, notamment, comme nous le verrons, sur son élément le plus important, à savoir la structure bicyclique pontée à l'endroit du « cycle A ». Les parties ne divergent que sur certains aspects de la stéréochimie qui n'ont aucune incidence sur la question de la contrefaçon (extraits des nouvelles observations écrites modifiées des demanderesse, au paragraphe 54, dossier d'appel A-43-20, vol. 1, onglet 5 (annexe 3), aux pages 156 à 158). En réponse aux questions soulevées à l'audience, ViiV n'a pu dire en quoi l'issue de l'affaire aurait été différente si la monographie de produit avait été exclue de la preuve.

B. Questions en litige au sujet du procès sommaire

1) *Introduction : Examen des principes*

[12] Comment la Cour doit-elle donner suite à une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire? Quelle méthodologie la Cour doit-elle suivre exactement? De nos jours, la réponse à ces questions est assez floue.

[13] De l'avis de certains, la Cour peut d'abord déterminer si la requête en jugement sommaire ou en procès sommaire doit être instruite et, dans la négative, la Cour

its own initiative, can dismiss it right away: e.g., *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 FC 966, 87 C.P.R. (4th) 412 [*Wenzel*], at paragraphs 5–7. Others suggest that a party can bring a motion to quash a motion for summary judgment or summary trial on the basis that it should not be entertained at all. Still others, such as the Federal Court here (2020 FC 11, at paragraph 22), suggest that motions to quash should not be brought. And others never consider the issue unless a party has raised it.

[14] Lack of clarity also stems from the fact that judges and counsel often address whether a summary judgment motion or a summary trial is “appropriate” but a review of the case law shows that “appropriate” means different things to different judges. For some, “appropriate” is a shorthand for whether the summary proceedings should be entertained at all: *Bosa v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 793, 436 F.T.R. 288 [*Bosa*], at paragraph 22; *Premium Sports Broadcasting Inc. v. 9005-5906 Québec Inc. (Resto-bar Mirabel)*, 2017 FC 590, at paragraph 5; *Collins v. Canada*, 2014 FC 307, 2014 D.T.C. 5066. For others, “appropriate” is a shorthand for whether a judgment should be granted based on the facts and the law before them: *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1040, 46 Imm. L.R. (4th) 209; *Trevor Nicholas Construction Co. Limited v. Canada (Minister of Public Works)*, 2011 FC 70, 328 D.L.R. (4th) 665. And others seem to mix and match by using “appropriate” to embrace both of these issues: *Tremblay v. Orio Canada Inc.*, 2013 FC 109, [2014] 3 F.C.R. 404 [*Tremblay*], at paragraphs 24–27; *Teva Canada Limited v. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 FC 1169, 99 C.P.R. (4th) 398; *0871768 B.C. Ltd. v. Aestival (Vessel)*, 2014 FC 1047, 467 F.T.R. 1, at paragraphs 58–63; *Burns Bog Conservation Society v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1024, 417 F.T.R. 98, at paragraph 65.

[15] Better clarity on this would benefit judges and counsel alike. The quest for clarity begins with an understanding of three basic operative principles concerning the practice and procedure of the Federal Courts.

peut, de sa propre initiative, la rejeter d’emblée (voir, par exemple, *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 CF 966 [*Wenzel*], aux paragraphes 5 à 7). D’autres sont d’avis qu’une partie peut présenter une requête en vue d’obtenir l’annulation d’une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire au motif que cette requête ne devrait même pas être instruite. D’autres encore, comme la Cour fédérale en l’espèce (2020 CF 11, au paragraphe 22), sont d’avis que les requêtes en annulation ne devraient pas être déposées. Enfin, d’autres n’examinent jamais cette question à moins qu’elle ne soit soulevée par une partie.

[14] Ce flou découle également du fait que les juges et les avocats cherchent souvent à déterminer si une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire est « appropriée ». Or, un examen de la jurisprudence montre que ce mot prend un sens différent selon le juge. Pour certains, il résume la question de savoir si la procédure sommaire devrait même être instruite (*Bosa c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 793 [*Bosa*], au paragraphe 22; *Premium Sports Broadcasting Inc. c. 9005-5906 Québec Inc. (Resto-bar Mirabel)*, 2017 CF 590, au paragraphe 5; *Collins c. Canada*, 2014 CF 307). Pour d’autres, il traduit la question de savoir s’ils devraient rendre un jugement en fonction du droit et des faits qui leur sont présentés (*Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1040; *Trevor Nicholas Construction Co. Limited c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, 2011 CF 70). Pour d’autres encore, il semble englober ces deux questions (*Tremblay c. Orio Canada Inc.*, 2013 CF 109, [2014] 3 R.C.F. 404 [*Tremblay*], aux paragraphes 24 à 27; *Teva Canada Limited c. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 CF 1169; *0871768 B.C. Ltd. c. Aestival (Navire)*, 2014 CF 1047, aux paragraphes 58 à 63; *Burns Bog Conservation Society c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1024, au paragraphe 65).

[15] Une clarté accrue sur cette question bénéficierait à la fois aux juges et aux avocats. La quête de clarté exige d’abord une compréhension de trois principes généraux qui sous-tendent les pratiques et les procédures des Cours fédérales.

[16] First, the practice and procedure of the Federal Courts draws upon two sources, one primary, one secondary. The primary source is the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. The Rules set out standards expressly and by necessary implication. They supply most of the substantive content of the practice and procedure of the Courts. The secondary source is the plenary powers of the courts—the powers that the courts possess by virtue of being courts under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 5]. These allow the courts, among other things, to run and govern their essential back-office operations, such as the Registry, and to regulate their proceedings and the litigants who prosecute and defend them. The plenary powers of the Courts are always live. They can be drawn upon by the courts when just and appropriate as long as there is no legislative text in the way.

[17] The second operative principle is that the *Federal Courts Rules* generally permit the parties to prosecute and defend their cases as they see fit. The general default position in the Federal Courts system is that litigation is party-run. Putting aside specific court orders or directions that might be issued in particular cases and putting aside the rules on case management, parties can file documents at any time within the deadlines set by the Rules and they can file motions whenever they wish. But this is only a default position.

[18] The third operative principle is the centrality in our practice and procedure of rule 3 of the *Federal Courts Rules*. Rule 3 provides that the *Federal Courts Rules* shall be interpreted and applied so that “every proceeding” is determined “on its merits” in “the just, most expeditious and least expensive” way. Inherent in rule 3 is the concept of proportionality: *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43, 412 D.L.R. (4th) 336, at paragraph 11. The words “every”, “most” and “least” in Rule 3 deserve particular attention. They encourage interpretations and applications of the Rules

[16] Premièrement, deux sources — l’une primaire et l’autre secondaire — définissent les pratiques et la procédure des Cours fédérales. Les Règles constituent la source primaire. Les normes y sont énoncées expressément ainsi qu’implicitement, soit par voie de conséquence nécessaire. Les Règles établissent l’essentiel des pratiques et de la procédure des Cours. La plénitude des pouvoirs dont disposent les Cours — c’est-à-dire les pouvoirs qui leur sont conférés à titre de tribunaux au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], constitue la source secondaire. Ces pouvoirs permettent notamment aux cours de diriger et de régir leurs services de soutien essentiels, comme le greffe, ainsi que d’encadrer de près le déroulement des affaires et les plaideurs qui les intentent et les défendent. Les cours ne sont jamais dépouillées de la plénitude de leurs pouvoirs. Elles peuvent s’en prévaloir dans les cas opportuns, à condition qu’aucun texte législatif n’y fasse obstacle.

[17] Le second principe général veut que les Règles autorisent généralement les parties à ester en justice comme bon leur semble. En règle générale, les affaires portées devant les Cours fédérales sont pilotées par les parties. Sauf si elles sont visées par des ordonnances ou directives précises rendues dans des affaires particulières, et à l’exception des règles régissant la gestion des instances, les parties peuvent déposer des documents en tout temps à l’intérieur des délais prescrits par les Règles et elles peuvent également déposer des requêtes quand bon leur semble. Or, il s’agit simplement d’une règle générale.

[18] Le troisième principe général concerne le rôle central de la règle 3 dans nos pratiques et notre procédure. La règle 3 dispose que les Règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d’apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible ». Le principe de la proportionnalité fait partie intrinsèque de la règle 3 (*Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43, au paragraphe 11). Il convient de porter une attention particulière à l’expression « la plus expéditive et économique possible », qui figure à cette disposition. Elle préconise

that are proactive in preventing, eliminating or minimizing conduct that causes delay and cost.

[19] The three operative principles guide us in answering practical questions of procedure and practice. Take this one for example. A party brings a motion. The motion appears to have little merit but it is quite harmful in terms of the time and the expense it will cause. Can the opposing party bring a motion to quash it or, alternatively, to adjourn it? This question squarely arises in this case, as ViiV brought a motion in the Federal Court to quash or adjourn Gilead's summary trial motion.

[20] The operative principles, above, suggest that in rare circumstances motions to quash or to adjourn a motion can be brought. When brought early and dealt with quickly before time is wasted and the resources of the Court and the parties are squandered, they can proactively advance the objectives of rule 3 and stop harmful litigation conduct in its tracks. In this way, motions to quash or adjourn are analogous to motions under the Rules concerning scheduling, case-management and the restraining of abuses of process. Thus, although not expressly permitted by a specific rule, they fall under rule 4.

[21] A motion to quash is not the place to raise substantive defences to the motion, no matter how strong; the responding motion record under subsection 369(2) [of the Rules] is the place to do that. As well, it should not be a time-wasting and resource-exhausting exercise in itself. No matter which side is doing it, filibustering proceedings by bringing useless, unnecessary motions has no place in the Federal Courts system.

[22] In appropriate circumstances, can the Court act on its own initiative to refuse to entertain a problematic

une interprétation et une application proactives des Règles visant à prévenir ou à réduire au minimum les actes qui entraînent des retards et des coûts.

[19] Ces trois principes généraux éclairent l'analyse des questions concrètes touchant la procédure et les pratiques. Examinons l'exemple qui suit. Une partie dépose une requête. La requête ne semble guère fondée et elle sera très préjudiciable sur le plan du temps et des fonds qui devront y être consacrés. La partie adverse peut-elle présenter une requête en annulation ou, subsidiairement, en ajournement? Cette question se pose directement en l'espèce, car ViiV a déposé une requête auprès de la Cour fédérale en vue d'obtenir l'annulation ou l'ajournement de la requête en procès sommaire de Gilead.

[20] Selon les principes généraux énoncés plus haut, il est possible, dans de rares circonstances, de présenter une requête en vue d'obtenir l'annulation ou l'ajournement d'une autre requête. Lorsqu'elles sont présentées tôt et examinées rapidement, avant qu'elles n'occasionnent des pertes de temps et ne causent un gaspillage des ressources de la Cour et des parties, ces requêtes peuvent contribuer de manière proactive à l'atteinte des objectifs énoncés à la règle 3 et mettre un frein aux conduites préjudiciables. Dans cette optique, les requêtes en annulation ou en ajournement sont analogues aux requêtes prévues dans les Règles relativement à l'inscription des causes au rôle, à la gestion des instances et aux abus de procédure. Par conséquent, même si elles ne sont pas expressément autorisées par une disposition précise des Règles, elles tombent sous le coup de la règle 4.

[21] Une requête en annulation n'est pas l'instrument qui convient pour soulever des moyens de défense sur le fond, aussi solides soient-ils. Ceux-ci doivent être invoqués dans le dossier de réponse à la requête, prévu au paragraphe 369(2) des Règles. De plus, cet exercice ne doit pas, en soi, entraîner une perte de temps et un gaspillage de ressources. Peu importe la partie qui les présente, les requêtes vaines et inutiles ayant pour objet l'obstruction n'ont pas leur place dans le système des Cours fédérales.

[22] Quand les circonstances s'y prêtent, la Cour peut-elle, de son propre chef, refuser d'examiner une requête

motion, i.e., one where the time and the expense it will cause is disproportionate to its benefit?

[23] Yes. The Court need not wait for a responding motion. The Court is not stuck in a purely passive role, standing idly by and watching helplessly as a problematic motion tips the proceeding into an abyss of delay, waste and chaos.

[24] The Court is a scarce community resource that must be preserved and managed in the public interest: *Canada v. Olumide*, 2017 FCA 42, [2018] 2 F.C.R. 328, at paragraphs 17–20. Using its plenary powers, the Court can act on its own initiative to invite submissions and then, when warranted, can issue orders, directions or both to advance the rule 3 objectives. For example, this Court has relied on its plenary powers as a court to act proactively to deal with problematic litigation conduct: see *Dugré v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8, at paragraph 38 and cases cited therein; see also *Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 171; *Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 224; *Mazhero v. Fox*, 2014 FCA 219; *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268, and many others.

[25] However, the Court should not be quick to act on its own initiative. The general principle that litigation in the Federal Courts system is party-run, not Court-run, deserves respect and must be given due weight. Put another way, the parties deserve deference and a good margin of appreciation in the litigation choices they make. But deference does not mean unquestioning acceptance and no margin of appreciation is limitless.

[26] Quite aside from the foregoing, the Court always has a wide discretion guided by the objectives of rule 3 to issue directions or orders concerning scheduling and the manner in which the motion is to be prosecuted, defended and argued.

problématique, c'est-à-dire une requête pour laquelle le temps et les fonds qui devront y être consacrés seront démesurés par rapport aux avantages qui en découleront?

[23] La réponse est « oui ». La Cour n'est pas contrainte d'attendre le dépôt d'une requête en réponse. Elle n'est pas confinée à un rôle purement passif, impuissante devant le dépôt d'une requête problématique qui précipitera l'instance dans un abîme de retards, de gaspillage et de chaos.

[24] La Cour est un bien collectif limité qui doit être préservé et géré dans l'intérêt public (*Canada c. Olumide*, 2017 CAF 42, [2018] 2 R.C.F. 328, aux paragraphes 17 à 20). En exerçant la plénitude de ses pouvoirs, la Cour peut, de son propre chef, inviter les parties à lui soumettre des observations. Ensuite, si la situation s'y prête, elle peut rendre des ordonnances ou des directives pour favoriser l'atteinte de l'objet énoncé à la règle 3. Notre Cour a notamment usé de la plénitude de ses pouvoirs à titre de tribunal pour statuer de manière proactive sur des conduites litigieuses problématiques (voir les arrêts *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8, au paragraphe 38 et la jurisprudence qui y est mentionnée; voir aussi *Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 171; *Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 224; *Mazhero c. Fox*, 2014 CAF 219; *Philipos c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268 et de nombreux autres).

[25] La Cour ne doit toutefois pas s'empresser d'agir de sa propre initiative. Le principe général voulant que ce soient les parties, et non la Cour, qui pilotent les instances dans le système des Cours fédérales commande le respect, et on doit y accorder l'importance qu'il mérite. Autrement dit, les parties ont droit à la déférence ainsi qu'à une certaine latitude quant à leurs choix procéduraux. Déférence n'est toutefois pas synonyme d'acceptation inconditionnelle, et la latitude ne saurait être assimilée à une absence de limites.

[26] Indépendamment de ce qui précède, précisons que la Cour dispose toujours d'un vaste pouvoir discrétionnaire sous-tendu par les objets énoncés à la règle 3. Ce pouvoir lui permet de rendre des directives ou des ordonnances relatives à la mise au rôle et à la procédure applicable à l'instruction, à la plaidoirie et à la défense d'une requête.

[27] The Court must always respect the principles of procedural fairness. Before making any ruling that may affect the interests of the parties, the Court must invite submissions and consider them.

[28] How do these principles play out in summary judgment motions and summary trial motions under rules 213–216?

[29] Where a motion for summary judgment or summary trial or its timing seems problematic in the sense described above, a motion to quash or adjourn may be brought subject to the qualifications set out above. Absent such a motion, the Court—acting on its own initiative in accordance with the principles set out above—can invite submissions and then decide the issue whether a motion for summary judgment or summary trial should be entertained at all or should be adjourned. Quite aside from this, in dealing with any motion for summary judgment or summary trial, the Court has a wide discretion governed by the objectives of rule 3 concerning scheduling and the manner in which the motion is to be prosecuted, defended and argued.

[30] I turn now to the specific wording of rules 213–216.

[31] Rule 213 provides that “[a] party may bring a motion for summary judgment or summary trial on all or some of the issues raised in the pleadings” any time after “the defendant has filed a defence” but “before the time and place for trial have been fixed”.

[32] Rule 215 governs when the Court may grant summary judgment. It provides that if the Federal Court “is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence”, the Court shall grant summary judgment. There is “no genuine issue for trial” where the judge has “the evidence required to fairly and justly adjudicate the dispute” on a summary basis, i.e., where “the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and

[27] La Cour doit toujours respecter les principes de l’équité procédurale. Avant de rendre un jugement susceptible de toucher les intérêts des parties, la Cour doit solliciter de ces dernières des observations et en tenir compte.

[28] Comment ces principes s’appliquent-ils aux requêtes en jugement sommaire et en procès sommaire, qui sont prévues aux règles 213 à 216?

[29] Lorsqu’une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire — ou le moment de son dépôt — semble soulever les problèmes décrits plus haut, une requête en annulation ou en ajournement peut être présentée dans le cadre des paramètres énoncés plus haut. Sinon, la Cour — agissant de son propre chef conformément aux principes qui précèdent — peut inviter les parties à lui soumettre des observations à la lumière desquelles elle détermine si la requête en jugement sommaire ou en procès sommaire devrait être instruite ou ajournée. En outre, la Cour dispose, pour trancher les requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire, d’un vaste pouvoir discrétionnaire régi par les objets de la règle 3, en ce qui a trait à la mise au rôle et à la procédure applicable à l’instruction, à la défense et à la plaidoirie d’une requête.

[30] Examinons ensuite le libellé précis des règles 213 à 216.

[31] La règle 213 prévoit qu’« [u]ne partie peut présenter une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire à l’égard de toutes ou d’une partie des questions que soulèvent les actes de procédure » en tout temps après « le dépôt de la défense du défendeur », mais « avant que les heure, date et lieu de l’instruction soient fixés ».

[32] La règle 215 précise dans quelles circonstances la Cour peut rendre un jugement sommaire. Il prévoit que la Cour fédérale rend un jugement sommaire si elle « est convaincue qu’il n’existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense ». Il n’existe « pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès » lorsque le juge dispose de « la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige » de façon sommaire, c’est-à-dire lorsque « la procédure de jugement sommaire 1) permet

less expensive means to achieve a just result”: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87 [*Hryniak*], at paragraphs 49 and 66; see also *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral v. Aga*, 2021 SCC 22, 459 D.L.R. (4th) 425, at paragraph 25 and *Manitoba v. Canada*, 2015 FCA 57, 470 N.R. 187 [*Manitoba*], at paragraph 11.

[33] Put another way, “a case ought not to proceed to trial, with all the consequences that would follow for the parties and the costs involved for the administration of justice, unless there is a genuine issue that can only be resolved through the full apparatus of a trial”: *CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799, at paragraph 24.

[34] Even if there is a “genuine issue of fact or law for trial with respect to a claim or defence”, the Court may “nevertheless determine that issue by way of summary trial”: subsection 215(3) [of the Rules]. In such cases, judges have greater powers to decide disputed questions of fact: *Manitoba*, at paragraph 16; *Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc.*, 2018 FC 1112, 159 C.P.R. (4th) 275 [*Milano Pizza*], at paragraph 32.

[35] Rule 216 governs the Court’s discretion as to whether to hold a summary trial. The Court may decline to do so if “the issues raised are not suitable for summary trial” or “a summary trial would not assist in the efficient resolution of the action”: subsection 216(5). The rule also provides that even if the amounts involved are high, the issues are complex or the evidence is conflicting, “the Court may grant judgment either generally or on an issue” unless “the Court is of the opinion that it would be unjust to decide the issues on the motion”: subsection 216(6).

[36] What do the words “issues...not suitable for a summary trial” and “assist in the efficient resolution

au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, 2) lui permet d’appliquer les règles de droit aux faits et 3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d’arriver à un résultat juste » (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87 [*Hryniak*], aux paragraphes 49 et 66; voir aussi *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral c. Aga*, 2021 CSC 22, au paragraphe 25 et *Manitoba c. Canada*, 2015 CAF 57 [*Manitoba*], au paragraphe 11).

[33] En d’autres termes, « un procès, avec toutes les conséquences qui en résulteraient pour les parties et les coûts associés à l’administration de la justice, n’est tenu que s’il existe une véritable question litigieuse qui ne peut être tranchée autrement » (*CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799, au paragraphe 24).

[34] Même s’il existe une « véritable question de fait ou de droit litigieuse à l’égard d’une déclaration ou d’une défense », la Cour peut « néanmoins trancher cette question par voie de procès sommaire » (paragraphe 215(3) des Règles). En pareils cas, les juges disposent de pouvoirs accrus pour trancher des questions de fait litigieuses (*Manitoba*, au paragraphe 16; *Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.*, 2018 CF 1112 [*Milano Pizza*], au paragraphe 32).

[35] La règle 216 régit le pouvoir de décider s’il convient de tenir un procès sommaire. La Cour peut refuser de tenir un tel procès si « les questions soulevées ne se prêtent pas à la tenue d’un procès sommaire » ou si « un procès sommaire n’est pas susceptible de contribuer efficacement au règlement de l’action » (paragraphe 216(5) des Règles). Cette disposition des Règles prévoit également que, même si les sommes d’argent en cause sont élevées, que les questions en litige sont complexes ou que la preuve est contradictoire, la Cour « peut rendre un jugement sur l’ensemble des questions ou sur une question en particulier » à moins « qu’elle ne soit d’avis qu’il serait injuste de trancher les questions en litige dans le cadre de la requête » (paragraphe 216(6) des Règles).

[36] Qu’entend-on par « les questions [...] ne se prêtent pas à la tenue d’un procès sommaire » et

of the action” in subsection 216(5) [of the Rules] mean? What is “unjust” within the meaning of subsection 216(6) [of the Rules]?

[37] These words “must be interpreted [and applied] broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims”: *Hryniak*, above, at paragraph 5. In other words, they must be interpreted and applied consistently with the objectives in rule 3.

[38] Appropriately mindful of the wording of these Rules and rule 3, the Federal Court has developed useful factors relevant to whether the prerequisites in the Rules for summary judgment or summary trial have been met: *Wenzel*, at paragraph 38; *Bosa*, at paragraph 22; *Tremblay*, at paragraph 24.

[39] Also highly useful is the concise, comprehensive and accurate summary of the law under rules 215 and 216—including the effect of the Supreme Court’s decision in *Hryniak*—in *Milano Pizza*, at paragraphs 24–40.

[40] Some of the cases cited in *Milano Pizza* show that in some cases summary proceedings just add to the cost and duration of litigation. But other cases cited in *Milano Pizza* show that in some cases summary proceedings can improve access to speedy, cost-efficient justice.

[41] It is hard enough for parties to drive all the way to the final destination of trial and final determination of the merits of the litigation; to have their journey interrupted along the way and put through summary proceedings is harder still. But a summary procedure can sometimes provide the parties with an express route to their final destination. It all depends. The wise exercise of judicial discretion is called for: taking the words of the Rules, viewing them in light of the objectives of rule 3 and examples in the case law, and applying them to the particular circumstances of the case.

« contribuer efficacement au règlement de l’action » au paragraphe 216(5) des Règles? Qu’entend-on par « injuste » au paragraphe 216(6) des Règles?

[37] Ces mots « doivent recevoir une interprétation [et une application] large et propice à la proportionnalité et à l’accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes » (*Hryniak*, au paragraphe 5). Autrement dit, ils doivent être interprétés et appliqués en conformité avec les objectifs énoncés à la règle 3.

[38] Sensible à juste titre au libellé de ces dispositions des Règles, y compris de la règle 3, la Cour fédérale a défini des facteurs utiles pour déterminer si les conditions préalables exigées dans les Règles pour la tenue d’un procès sommaire ou le prononcé d’un jugement sommaire sont remplies (*Wenzel*, au paragraphe 38; *Bosa*, au paragraphe 22; *Tremblay*, au paragraphe 24).

[39] Un autre élément très utile est le résumé concis, exhaustif et précis des règles de droit prévues aux règles 215 et 216 — notamment les effets de l’arrêt de la Cour suprême *Hryniak* —, qui est présenté dans le jugement *Milano Pizza*, aux paragraphes 24 à 40.

[40] Certaines affaires invoquées dans la décision *Milano Pizza* montrent que, dans certains cas, les procédures sommaires ne font qu’accroître les frais et la durée des procédures. Cependant, d’autres affaires mentionnées dans cette jurisprudence montrent que les procédures sommaires peuvent améliorer dans certains cas l’accès à une justice expéditive et économique.

[41] Il est déjà difficile pour les parties de piloter leur instance jusqu’au procès et jusqu’au prononcé de la décision sur le fond — leur destination finale. Si leurs progrès sont interrompus par une procédure sommaire, la difficulté est accrue. Or, une procédure sommaire peut parfois offrir aux parties un raccourci vers leur destination finale. Tout dépend des circonstances. Le tribunal doit exercer de manière judicieuse son pouvoir discrétionnaire : interpréter le libellé des Règles à la lumière des objets de la règle 3 et des exemples de la jurisprudence, puis appliquer cette interprétation aux circonstances particulières de l’espèce.

[42] At the end of the day, the Court must be satisfied that the prerequisites in the Rules for summary judgment or summary trial, understood in light of rule 3, are met and that it is able to grant summary judgment, fairly and justly, on the evidence adduced and the law.

(2) *Applying these principles to this case*

[43] In file A-115-20, ViiV seeks to overturn the Federal Court’s finding that a “summary judgment [trial] was an appropriate proceeding to advance the litigation and narrow the issues in dispute” given the “narrow and well-defined issues before the Court”. The Federal Court found that given the facts and the law before the Court, it was in a position to grant judgment: 2020 FC 486, at paragraphs 1 and 11–18.

[44] ViiV contends that the Federal Court ignored the issue of onus of proof. I disagree: see 2020 FC 486, at paragraphs 19–22.

[45] ViiV also submits that the Federal Court erred in law or in fact in granting summary judgment in this case. But ViiV’s submissions do not identify an extricable legal question on which the Federal Court erred. In substance, ViiV asks this Court to reweigh the matter and come to a different conclusion.

[46] On appeal, that is not our task. If the Federal Court does not commit legal error and does not commit palpable and overriding error in applying the law to the circumstances of the litigation before it, this Court cannot interfere: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. We are especially loath to interfere where, as here, a particular judge of the Federal Court is either case-managing or is closely involved in regulating the course of the proceedings. ViiV has not demonstrated any reversible error on the part of the Federal Court.

[47] In the course of its reasons on the motion to quash or adjourn, the Federal Court suggested it has no

[42] Au bout du compte, la Cour doit être d’avis qu’il est satisfait aux conditions préalables définies dans les Règles relatives au jugement ou au procès sommaires, interprétées à la lumière de la règle 3, et qu’elle peut rendre un jugement sommaire d’une manière juste et équitable sur le fondement des éléments de preuve présentés et du droit.

2) *Application de ces principes à l’espèce*

[43] Dans le dossier A-115-20, ViiV demande que soit infirmée la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle un jugement (procès) sommaire était « une procédure appropriée pour faire avancer le litige et limiter les questions en litige » étant donné « les questions étroites et bien définies dont la Cour est saisie ». La Cour fédérale a conclu qu’elle pouvait rendre un jugement, eu égard au droit et aux faits qui lui avaient été présentés (2020 CF 486, aux paragraphes 1 et 11 à 18).

[44] ViiV soutient que la Cour fédérale n’a pas tenu compte du fardeau de la preuve. Je ne suis pas d’accord (voir 2020 CF 486, aux paragraphes 19 à 22).

[45] ViiV affirme également que la Cour fédérale a commis une erreur de droit ou de fait en rendant un jugement sommaire en l’espèce. Cependant, ViiV ne soulève aucune erreur sur une question de droit isolable dans ses observations. ViiV demande essentiellement à notre Cour de réexaminer l’affaire et de parvenir à une conclusion différente.

[46] Or, ce n’est pas là le rôle d’une cour d’appel. À défaut d’une erreur de droit ou d’une erreur manifeste et dominante de la part de la Cour fédérale dans l’application du droit aux circonstances de l’affaire, notre Cour ne peut intervenir (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235). Nous sommes particulièrement réticents à intervenir lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, le juge de la Cour fédérale assure la gestion de l’instance ou participe étroitement à la gestion du déroulement de l’instance. ViiV n’a pas établi quelque erreur de la part de la Cour fédérale qui justifierait l’infirmité de sa décision.

[47] Dans ses motifs au sujet de la requête en annulation ou en ajournement, la Cour fédérale indique qu’elle

authority to consider preliminary motions to quash motions for summary judgment or motions for summary trial: 2020 FC 11, at paragraphs 25–26. Given the analysis above concerning the availability of motions to quash or adjourn, this is incorrect.

C. The Federal Court’s finding that the patent, properly construed, did not cover bictegravir

[48] The Federal Court found bictegravir did not infringe the patent. As a result it granted summary judgment in favour of Gilead. ViiV challenges this, alleging a number of legal grounds for reversal. These are described below. In my view, there are no grounds to set aside the Federal Court’s grant of summary judgment in favour of Gilead.

[49] The Federal Court’s judgment turned on its construction of claims 1, 11 and 16 of the patent and the construction of “Ring A” described in those claims.

[50] The parties agree that Gilead’s drug, bictegravir, is substantially the same as the compounds described in claims 1, 11 and 16 except at the “Ring A” position.

[51] Claim 1 describes “Ring A” as an “optionally substituted heterocycle”. Claim 11 describes it as an “optionally substituted and optionally condensed 5 – to 7 – membered heterocycle containing 1 to 2 hetero atom(s)”. And Claim 16 describes it as an “optionally substituted and optionally condensed 5 – to 7 – membered heterocycle...[where] two of the substituents taken together with the neighboring atom(s), may form an optionally substituted carbocycle or optionally substituted heterocycle”. The question, one of construction, was whether these include bridged bicyclic rings—the type of structure at the “Ring A” position of bictegravir.

[52] In the Federal Court, ViiV argued that “Ring A” covers bridged bicyclic rings and so bictegravir offends

n’est pas habilitée à examiner des requêtes préliminaires visant à obtenir l’annulation de requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire (2020 CF 11, aux paragraphes 25 et 26). C’est inexact, comme le révèle l’analyse qui précède sur les requêtes en annulation ou en ajournement possibles.

C. Conclusion de la Cour fédérale voulant que le brevet, s’il est bien interprété, ne vise pas le bictégravir

[48] La Cour fédérale conclut que le bictégravir ne contrefait pas le brevet. Elle rend donc un jugement sommaire en faveur de Gilead. ViiV avance plusieurs motifs de droit au soutien de l’annulation de cette décision. Ces motifs sont décrits ci-après. Je suis d’avis qu’il n’existe aucun motif justifiant l’annulation du jugement sommaire rendu par la Cour fédérale en faveur de Gilead.

[49] Le jugement de la Cour fédérale repose sur son interprétation des revendications 1, 11 et 16 du brevet et son interprétation du « cycle A » qui y est défini.

[50] Les parties conviennent que le médicament de Gilead, le bictégravir, est essentiellement identique aux composés décrits dans les revendications 1, 11 et 16, sauf en ce qui a trait à la position du « cycle A ».

[51] La revendication 1 décrit le « cycle A » comme un [TRADUCTION] « hétérocycle facultativement substitué ». La revendication 11 le décrit comme un [TRADUCTION] « hétérocycle de 5 à 7 membres, facultativement substitué et optionnellement condensé contenant 1 à 2 hétéroatomes ». La revendication 16 le décrit comme un [TRADUCTION] « hétérocycle de 5 à 7 membres, facultativement substitué et optionnellement condensé, [dont] deux des substituants combinés avec le ou les atomes voisins peuvent former un carbocycle facultativement substitué ou un hétérocycle facultativement substitué ». La question qui se posait, et qui était liée à l’interprétation, était de savoir si ces structures comprenaient les structures bicycliques pontées, soit le type de structure que l’on trouve à la position du « cycle A » dans le bictégravir.

[52] Devant la Cour fédérale, ViiV a fait valoir que le « cycle A » visait les structures bicycliques pontées et,

the patent. Gilead argued that “Ring A” does not include bridged bicyclic rings and so bictégravir is outside of the patent.

[53] The Federal Court agreed with Gilead. It found that “Ring A” as defined in claims 1, 11 and 16 includes only spiro and fused bicyclic rings, not bridged bicyclic rings.

[54] In the course of its reasons, the Federal Court found the claims themselves were unclear, such that a person ordinary skilled in the art (POSITA) would not know what is covered and what is not. As a result, the POSITA would have to resort to the patent disclosure to determine the scope of “Ring A”.

[55] On appeal, ViiV submits that the Federal Court made many errors of law in construing the claims.

[56] Construction of a patent is a question of law: *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraphs 61 and 76. However, the Federal Court is entitled to deference in its appreciation of the evidence, particularly the expert evidence, which affects the construction: *Mylan Pharmaceuticals ULC v. AstraZeneca Canada Inc.*, 2012 FCA 109, 432 N.R. 292, at paragraph 20; *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 FCA 333, [2014] 2 F.C.R. 459, at paragraph 44; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111, at paragraphs 73–74; *ABB Technology AG v. Hyundai Heavy Industries Co., Ltd.*, 2015 FCA 181, 475 N.R. 341 [*ABB Technology*], at paragraphs 22–24. In particular, the appreciation of expert evidence as to how a POSITA would understand the claims and any specific wording as well as what common general knowledge was available to the POSITA at the date of publication is a question of fact reviewable under the palpable and overriding error standard: *Bombardier Recreational Products Inc. v. Arctic Cat, Inc.*, 2018 FCA 172, 159 C.P.R. (4th) 319, at paragraphs 15–16; *Apotex Inc. v. Astrazeneca Canada Inc.*, 2017 FCA 9, at paragraphs 29–30; *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166

donc, que le bictégravir contrevient au brevet. Gilead a soutenu au contraire que le « cycle A » ne comprenait pas les structures bicycliques pontées et donc que le bictégravir n’était pas visé par le brevet.

[53] La Cour fédérale a souscrit à la thèse de Gilead. Elle a conclu que le « cycle A », tel qu’il est défini dans les revendications 1, 11 et 16, comprend uniquement les structures bicycliques spiraniques ou fusionnées. Il ne comprend pas les structures pontées.

[54] Dans ses motifs, la Cour fédérale indique que les revendications elles-mêmes ne sont pas claires et qu’une personne versée dans l’art ne saurait pas ce qu’elles visent et ce qu’elles ne visent pas. La personne versée dans l’art devrait donc consulter la divulgation du brevet pour déterminer la portée du « cycle A ».

[55] Dans l’appel, ViiV soutient que la Cour fédérale a commis de nombreuses erreurs de droit dans son interprétation des revendications.

[56] L’interprétation d’un brevet est une question de droit (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067, aux paragraphes 61 et 76). Il y a lieu toutefois de faire preuve de retenue quant à l’appréciation par la Cour fédérale de la preuve, en particulier de la preuve d’expert, qui influe sur l’interprétation (*Mylan Pharmaceuticals ULC c. AstraZeneca Canada Inc.*, 2012 CAF 109, au paragraphe 20; *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 CAF 333, [2014] 2 R.C.F. 459, au paragraphe 44; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219, aux paragraphes 73 et 74; *ABB Technology AG c. Hyundai Heavy Industries Co., Ltd.*, 2015 CAF 181 [*ABB Technology*], aux paragraphes 22 à 24). Plus précisément, l’appréciation de la preuve d’expert, quant à la manière dont une personne versée dans l’art interpréterait les revendications et tout libellé particulier et quant aux connaissances générales courantes dont cette personne disposait à la date de publication, est une question de fait susceptible de contrôle selon la norme de l’erreur manifeste et dominante (*Bombardier Produits Récréatifs Inc. c. Arctic Cat, Inc.*, 2018 CAF 172, aux paragraphes 15 et 16; *Apotex Inc. c. Astrazeneca Canada Inc.*, 2017 CAF 9, au paragraphes 29 et 30; *Tearlab Corporation*

C.P.R. (4th) 367, at paragraph 29. For these things, the standard of review is the hard-to-meet standard of palpable and overriding error: *Cobalt Pharmaceuticals Company v. Bayer Inc.*, 2015 FCA 116, 474 N.R. 311, at paragraph 15; *ABB Technology*, at paragraph 24.

[57] ViiV says the Federal Court erred in law by referring to the patent disclosure when construing the claims.

[58] I disagree. It is trite law that a patent must be read contextually in light of the entire patent and all of the necessary expert evidence: *Jansen Inc. v. Teva Canada Limited*, 2015 FC 184, 128 C.P.R. (4th) 129, at paragraphs 92–93; *Teva Canada Limited v. Janssen Inc.*, 2018 FC 754, 157 C.P.R. (4th) 391, at paragraph 236. Part of the necessary context is the disclosure: *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at pages 520–521, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203.

[59] ViiV submits that the Federal Court erred in law by resorting to the disclosure even though it found the claims “clear and unambiguous”.

[60] Again, I disagree. ViiV plucks the phrase “clear and unambiguous” from the Federal Court’s reasons and mischaracterizes it. A reading of the whole paragraph—not just one sentence in it—shows that the Federal Court found it necessary to go beyond the terms of the claim: 2020 FC 486, at paragraph 128.

[61] The reasons of first-instance courts are to be read holistically, making due allowance for awkward expression and efforts to synthesize reams of information: *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 35 and 55; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344 [Mahjoub], at paragraph 68; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at paragraphs 49–51. This means, among other things, that isolated sentences in reasons must be read in the context of the reasons and the record before the Court. When this is done here, it is obvious

c. I-MED Pharma Inc., 2019 CAF 179, au paragraphe 29). La norme de contrôle qui s’applique à ces questions est la norme difficile à atteindre de l’erreur manifeste et dominante (*Cobalt Pharmaceuticals Company c. Bayer Inc.*, 2015 CAF 116, au paragraphe 15; *ABB Technology*, au paragraphe 24).

[57] ViiV affirme que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en renvoyant à la divulgation du brevet pour l’interprétation des revendications.

[58] Je ne suis pas du même avis. Il est acquis en matière jurisprudentielle qu’un brevet doit être interprété dans l’intégralité de son contexte, à la lumière de l’ensemble de la preuve d’expert nécessaire (*Jansen Inc. c. Teva Canada Limited*, 2015 CF 184, aux paragraphes 92 et 93; *Teva Canada Limitée c. Janssen Inc.*, 2018 CF 754, au paragraphe 236). La divulgation fait partie du contexte nécessaire (*Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, aux pages 520 et 521, 1981 CanLII 15).

[59] ViiV prétend que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ayant recours à la divulgation, même après avoir conclu que le libellé des revendications était « clair et sans ambiguïté ».

[60] Je ne partage pas cet avis non plus. ViiV dégage les mots « clair et sans ambiguïté » des motifs de la Cour fédérale et en fait une interprétation erronée. Lorsqu’on lit le paragraphe dans son ensemble — et pas seulement un membre de phrase — on constate que la Cour fédérale a jugé nécessaire de ne pas se limiter au libellé de la revendication (2020 CF 486, au paragraphe 128).

[61] Il faut interpréter les motifs des tribunaux de première instance de façon globale, en usant d’indulgence pour les expressions maladroitement et les efforts faits pour résumer une abondance de renseignements (*R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 35 et 55; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344 [Mahjoub], au paragraphe 68; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, aux paragraphes 49 à 51). Il en découle notamment que les phrases isolées extraites des motifs doivent être interprétées à la lumière des motifs et du

that the Federal Court understood correctly the role of disclosure in construing patent claims.

[62] ViiV says the Federal Court erred by construing the patent without biology/virology evidence from Gilead. ViiV does not say there was no biology/virology evidence at all before the Court; nor does it say such evidence is necessary to construe Ring A. It says, as a general matter, there should be a full POSITA team and there was not one here so the appeal must be allowed. It says this based on authorities that tell us that patents must always be construed contextually.

[63] I disagree. It is true that patents should be construed contextually in light of the entire patent and all of the necessary expert evidence. Put negatively, this means that one cannot create a fiction by cherry-picking part of a patent or part of the POSITA team. But this does not mean that to understand a specific portion of a claim a court must always take into account every conceivable part of the context, whether or not it is useful to the construction. Where, as here, some piece of context does not assist with the construction, the Court need not consider it.

[64] In this case, biology/virology evidence would not have assisted in the interpretation of “Ring A”. ViiV’s own expert on the subject said as much: 2020 FC 486, at paragraph 79. And if virology/biology evidence were required, the Court had access to it: ViiV led an expert on biology/virology. Tellingly, ViiV does not refer to its biology/virology evidence at all on this appeal.

[65] ViiV submits that the Federal Court improperly limited claims 1, 11 and 16 to the preferred embodiments and that in doing this, the Federal Court impermissibly read language into the claims.

dossier qui a été présenté à la Cour. En l’espèce, si on adopte cette démarche, il est évident que la Cour fédérale a bien compris le rôle de la divulgation dans l’interprétation des revendications du brevet.

[62] ViiV affirme que la Cour fédérale a commis une erreur en interprétant le brevet sans élément de preuve sur la biologie et la virologie provenant de Gilead. ViiV ne dit pas qu’aucun élément de preuve sur la biologie ou la virologie n’a été présenté à la Cour, ni que de tels éléments de preuve sont nécessaires à l’interprétation du cycle A. Elle dit, de façon générale, qu’il aurait dû y avoir une équipe complète de personnes versées dans l’art, mais qu’il n’y en avait pas; l’appel doit donc être accueilli. Elle soulève cette thèse sur le fondement d’une jurisprudence qui nous dit que les brevets doivent toujours être interprétés à la lumière de leur contexte.

[63] Je ne suis pas du même avis. Il est vrai que les brevets doivent être interprétés dans leur contexte, à la lumière du brevet dans son ensemble et de toute la preuve d’expert nécessaire. Formulée de façon négative, cette thèse veut qu’on ne puisse créer une fiction en ne sélectionnant qu’une partie d’un brevet ou qu’une partie de l’équipe des personnes versées dans l’art. Or, elle ne signifie pas que, pour comprendre un volet précis d’une revendication, le tribunal doit toujours prendre en compte chaque élément plausible du contexte, qu’il soit ou non utile à l’interprétation. Lorsque certains éléments du contexte n’éclairent pas l’interprétation, comme en l’espèce, la Cour n’a pas à en tenir compte.

[64] En l’espèce, les éléments de preuve sur la biologie ou la virologie n’auraient pas facilité l’interprétation du « cycle A ». Le propre expert de ViiV l’a reconnu (2020 CF 486, au paragraphe 79). En outre, si des éléments de preuve sur la biologie ou la virologie avaient été nécessaires, la Cour les avait à sa disposition : ViiV a cité à comparaître un expert en biologie et virologie. Fait révélateur, ViiV n’invoque aucun de ses éléments de preuve sur la biologie et la virologie dans le présent appel.

[65] ViiV prétend que la Cour fédérale a indûment limité les revendications 1, 11 et 16 aux variantes à privilégier et qu’elle a ainsi ajouté aux revendications par voie d’interprétation.

[66] Again, I disagree. As ViiV concedes, the Federal Court charged itself correctly on the law in this area: appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 75. In reality, ViiV takes issue with how the Federal Court applied this law to the facts—a question of mixed fact and law with no extricable legal question for which the standard of review is palpable and overriding error.

[67] ViiV quibbles about the force of some authorities and the meaning of the term “may” in claim 16 of the patent. But it does not argue—let alone demonstrate—that the Federal Court made any palpable and overriding error such as obviously illogical findings, findings that are not supported by the record, or a complete disregard of evidence: see, e.g., *Mahjoub*, at paragraph 62. The Federal Court knew the law in this area, and clearly preferred Gilead’s expert evidence to that of ViiV: 2020 FC 486, at paragraphs 130–136.

[68] Next, ViiV submits that even if bictégravir does not fall within the scope of claims 1, 11 and 16, it infringes the patent because it is a mere variation of a non-essential element of the patent. However, during the summary trial, ViiV conceded that “Ring A” is essential. ViiV’s concession means the variant argument is not open to it.

[69] To try to limit the force of this concession, ViiV tries to chop the patent up into smaller and smaller pieces. It says it conceded only that Ring A, as a whole, is essential but it did not concede that certain forms of Ring A are essential. In saying this, ViiV is attempting to resile from the breadth of its concession in the Federal Court. This it cannot do. Its approach smacks of the “spirit of the invention” approach to patent infringement. Under this now-discredited approach, patent holders get two kicks at the can: first, they can try and show literal infringement and then, if unsuccessful, they can try to show infringement “in spirit”. The Supreme Court has rejected this approach due to its uncertainty and unpredictability: *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024.

[66] Je ne partage pas cet avis non plus. Comme le reconnaît ViiV, la Cour fédérale a bien circonscrit le droit dans ce domaine (mémoire des faits et du droit de l’appelante, au paragraphe 75). En réalité, ViiV conteste la manière dont la Cour fédérale a appliqué le droit aux faits — il s’agit d’une question de droit et de fait sans question de droit isolable, pour laquelle la norme de contrôle est celle de l’erreur manifeste et dominante.

[67] ViiV chicane sur l’importance de certaines sources faisant autorité, ainsi que sur le sens du mot « *may* » (peuvent) dans la version anglaise de la revendication 16 du brevet. Or, elle ne prétend pas — et démontre encore moins — que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante, par exemple en formulant des conclusions manifestement illogiques ou des conclusions non corroborées par le dossier, ou en faisant totalement abstraction d’éléments de preuve (voir, par exemple, *Mahjoub*, au paragraphe 62). La Cour fédérale connaissait le droit dans ce domaine et elle a manifestement préféré la preuve d’expert de Gilead à celle de ViiV (2020 CF 486, aux paragraphes 130 à 136).

[68] ViiV soutient en outre que le bictégravir contrefait le brevet même s’il n’est pas visé par les revendications 1, 11 et 16, car il s’agit d’une simple variation d’un élément non essentiel du brevet. Pourtant, durant le procès sommaire, ViiV a reconnu que le « cycle A » est un élément essentiel. Cette concession signifie que ViiV ne peut invoquer une thèse fondée sur le recours à des variantes.

[69] Dans ses efforts visant à limiter l’importance de cette concession, ViiV tente de diviser le brevet en composantes de plus en plus petites. ViiV affirme n’avoir reconnu que le cycle A, dans son ensemble, comme élément essentiel, mais prétend ne pas avoir reconnu que certaines formes du cycle A étaient essentielles. Par une telle affirmation, ViiV tente de diminuer la portée de sa concession à la Cour fédérale, ce qu’elle ne peut faire. Son approche rappelle celle fondée sur l’« esprit de l’invention » en matière de contrefaçon de brevet. Selon cette approche aujourd’hui discréditée, les titulaires de brevets obtiennent deux chances de faire valoir leur cause : ils peuvent d’abord tenter de démontrer qu’il y a eu contrefaçon littérale et, s’ils échouent, ils peuvent ensuite tenter de démontrer une contrefaçon « en esprit ».

La Cour suprême a toutefois rejeté cette approche en raison de l'incertitude et de l'imprévisibilité qui en résultent (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024).

D. Proposed disposition

[70] Therefore, I would dismiss the four appeals with costs.

LASKIN J.A.: I agree.

MACTAVISH J.A.: I agree.

D. Dispositif proposé

[70] Par conséquent, je rejetterais les quatre appels avec dépens.

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Je suis d'accord.