

A-111-87

A-111-87

Maison des Semiconducteurs Ltée/House of Semiconductors Ltd. (Appellant) (Defendant)

v.

Apple Computer, Inc. and Apple Canada Inc. (Respondents) (Plaintiffs)

INDEXED AS: APPLE COMPUTER, INC. v. MACKINTOSH COMPUTERS LTD. (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Hugessen and Stone JJ.—Toronto, March 10; Ottawa, March 17, 1988.

Practice — Contempt of court — Affidavit evidence and cross-examination thereon basis for guilty finding in contempt proceedings — No viva voce evidence — Conflicting versions of facts resolved in favour of respondent on balance of probabilities — Contempt proceedings criminal — Proof beyond reasonable doubt required — Restricted opportunity to present viva voce evidence involving disclosure of defence without knowing particulars of accusation — Right to remain silent until knowing case to be met.

This was an appeal from an order finding the appellant guilty of contempt of Court for breach of an injunction. The material on the motion for contempt consisted of affidavits and the transcripts of the cross-examinations upon some of them. On an application for leave to adduce *viva voce* evidence at the hearing of the contempt motion, the Motions Judge ordered the applicants to file affidavits of their proposed evidence, with the respondents having the right to cross-examine on the affidavits and the applicants having leave to elect to repeat their evidence, *viva voce*, at the hearing. Counsel for the appellant elected not to "repeat" *viva voce* at the hearing the affidavit evidence, as this would give the other side two chances to cross-examine witnesses and then an opportunity of calling rebuttal evidence.

Held, the appeal should be allowed.

The Motions Judge was faced with innumerable conflicts in the affidavit evidence, which she attempted to resolve. This resulted in some adverse findings of credibility in respect of some of the deponents who swore affidavits in support of the appellant's position. It was unfortunate that she was forced to make such crucial findings of fact without the advantage of hearing the *viva voce* testimony of the witnesses, observing their demeanour in the witness box and assessing their responses to searching cross-examination by opposing counsel. The Motions Judge resolved the conflict in favour of the respondent based on a balance of probabilities. Contempt of court is, however, a criminal offence and proof beyond a reasonable doubt is required. That test had not been met. The decisions of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Jetco Manufacturing Ltd.*, (standard of proof governing the trial of criminal offences must

Maison des Semiconducteurs Ltée/House of Semiconductors Ltd. (appelante) (défenderesse)

a c.

Apple Computer, Inc. et Apple Canada Inc. (intimées) (demanderesses)

RÉPERTORIÉ: APPLE COMPUTER, INC. c. MACKINTOSH COMPUTERS LTD. (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Hugessen et Stone—Toronto, 10 mars; Ottawa, 17 mars 1988.

Pratique — Outrage au tribunal — Le verdict de culpabilité dans la procédure pour outrage au tribunal se fonde sur des affidavits et les contre-interrogatoires qui s'y rapportent — Aucune déposition de vive voix — Les versions contradictoires des faits ont été résolues en faveur de l'intimée selon la prépondérance des probabilités — La procédure pour outrage est de nature pénale — La preuve au-delà de tout doute raisonnable est requise — L'absence de possibilité de présenter un témoignage de vive voix nécessite la divulgation de la défense sans qu'il y ait connaissance des divers chefs d'accusation — L'accusé a le droit de garder le silence tant qu'il ne connaît pas de façon précise les accusations portées contre lui.

Il s'agit d'un appel interjeté contre une ordonnance qui déclarait l'appelante coupable d'outrage au tribunal pour désobéissance à une injonction. Les documents relatifs à la requête pour outrage au tribunal comportaient des affidavits et la transcription de contre-interrogatoires au sujet de certains d'entre eux. Suite à la demande d'autorisation de présenter des témoignages de vive voix à l'audition de la requête pour outrage, le juge des requêtes a ordonné aux requérantes de déposer des affidavits relatifs aux dépositions qu'elles se proposaient de faire, les intimées ayant le droit de contre-interroger les auteurs des affidavits et les requérantes ayant la permission de répéter leur déposition, de vive voix, à l'audition. L'avocat de l'appelante a choisi de ne pas «répéter» de vive voix à l'audition les témoignages par affidavit, car c'eût été accorder à la partie adverse deux occasions de contre-interroger les témoins ainsi que l'occasion de présenter une contre-preuve par la suite.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

Le juge des requêtes a dû tenter de résoudre les innombrables contradictions de la preuve par affidavit. Ce faisant, elle est arrivée à des conclusions en matière de crédibilité plutôt défavorables à l'égard de certains des déposants qui ont présenté un affidavit sous serment à l'appui de la position de l'appelante. Il est regrettable qu'elle ait dû rendre des conclusions de fait si importantes sans avoir l'avantage d'entendre des témoignages de vive voix, d'observer le comportement des témoins et d'évaluer leurs réponses au cours du contre-interrogatoire mené par l'avocat de la partie adverse. Le juge des requêtes s'est prononcée en faveur de l'intimée selon la prépondérance des probabilités. Cependant, l'outrage au tribunal est une infraction criminelle qui exige une preuve au-delà de tout doute raisonnable. Ce critère n'a pas été respecté. Les décisions de la Cour d'appel de l'Ontario dans les affaires *R. v. Jetco Manufacturing Ltd.*

be satisfied in contempt proceedings) and *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe* (alleged contemner entitled to trial of an issue with the calling of witnesses to give *viva voce* evidence) were persuasive.

Although the Motions Judge gave the appellant an opportunity to adduce *viva voce* evidence, the offer was highly restrictive in that it was only given leave to "repeat its affidavit evidence." Also, the order was objectionable for the reasons mentioned by appellant's counsel. More importantly, the procedure obligated the person charged with contempt to disclose by way of affidavit his defence before he knew the particulars of the accusation. The contemner has the right to know, specifically, the case he has to meet and to remain silent until that time.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319(4), 2500.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

In re Bramblevale Ltd., [1970] Ch. 128 (C.A.); *R. v. Jetco Manufacturing Ltd. and Alexander* (1987), 57 O.R. (2d) 776 (C.A.); *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas* (1987), 59 O.R. (2d) 145 (C.A.); *Selection Testing Consultations International Ltd. v. Humanex International Inc.*, [1987] 2 F.C. 405; 14 C.P.R. (3d) 234 (T.D.).

COUNSEL:

Robert H. C. MacFarlane for appellant.
Alfred S. Schorr and *Joseph I. Etigson* for respondents.

SOLICITORS:

Fitzsimmons, MacFarlane, Toronto, for appellant.
Alfred S. Schorr, Toronto, and *Hughes, Etigson*, Concord, Ontario, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.: This is an appeal from an order of the Trial Division dated January 30, 1987 [[1987] 3 F.C. 452], wherein the appellant was found guilty of contempt of Court by reason of being in breach of an injunction contained in a judgment of the Trial Division issued on April 29, 1986 [[1987] 1 F.C. 173].

(le critère applicable aux infractions de nature criminelle doit être respecté dans les procédures pour outrage au tribunal) et *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe* (la personne accusée d'outrage a droit à l'instruction d'une question avec production de témoins pour faire des dépositions de vive voix) ont été persuasives.

^a Bien que le juge des requêtes ait accordé à l'appelante la possibilité de produire des témoignages de vive voix, l'offre avait une portée très restrictive, l'appelante n'ayant reçu que la permission de «répéter son témoignage par affidavit». L'ordonnance est également critiquable pour les motifs mentionnés par l'avocat de l'appelante. Chose plus importante, la procédure obligeait la personne accusée d'outrage à divulguer par voie d'affidavit sa défense avant de connaître les chefs de l'accusation. L'accusé de l'outrage au tribunal a le droit de connaître de façon précise les accusations dont il fait l'objet, et de garder le silence entre temps.

^c LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 319(4), 2500.

^d JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

In re Bramblevale Ltd., [1970] Ch. 128 (C.A.); *R. v. Jetco Manufacturing Ltd. and Alexander* (1987), 57 O.R. (2d) 776 (C.A.); *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas* (1987), 59 O.R. (2d) 145 (C.A.); *Selection Testing Consultations International Ltd. c. Humanex International Inc.*, [1987] 2 C.F. 405; 14 C.P.R. (3d) 234 (1^{re} inst.).

^f AVOCATS:

Robert H. C. MacFarlane pour l'appelante.
Alfred S. Schorr et *Joseph I. Etigson* pour les intimées.

^g PROCUREURS:

Fitzsimmons, MacFarlane, Toronto, pour l'appelante.
Alfred S. Schorr, Toronto, et *Hughes, Etigson*, Concord, Ontario, pour les intimées.

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

ⁱ LE JUGE HEALD: Il s'agit d'un appel d'une ordonnance de la Division de première instance en date du 30 janvier 1987 [[1987] 3 C.F. 452] déclarant l'appelante coupable d'outrage au tribunal pour avoir enfreint une injonction prononcée dans un jugement de la Division de première instance rendu le 29 avril 1986 [[1987] 1 C.F. 173].

The motion for contempt was made pursuant to the provisions of Rule 2500 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. The learned Motions Judge had no *viva voce* evidence before her at the hearing of the motion. The material on the motion consisted of some 14 affidavits and the transcripts of the cross-examinations on nine of those affidavits. The order here in issue ordered the appellant to pay into Court "the sum of \$100,000 by way of cash or such bond as may be approved by the Registrar of this Court as security against any future infringement." By a further order dated September 10, 1987, the Motions Judge stayed the order for payment into Court on terms that the appellant "pay \$10,000 into Court by way of a fine."

In the Trial Division, by the injunction issued on April 29, 1986 and referred to *supra*, the appellant and its servants and agents were restrained from: "importing, selling or distributing computers or computer components under the name Mackintosh or otherwise which contain a copy or substantial copy of either of the literary works 'AUTOSTART ROM' or 'APPLESOFT', or in any other way infringing the plaintiffs' copyright in those works." The order further required the appellant to "deliver up to the plaintiffs all copies or substantial copies of the plaintiffs' literary works 'AUTOSTART ROM' and 'APPLESOFT' in whatever material form they might be and which are in the possession, power, custody or control of" the defendant and "including any contrivances or devices containing such copies or substantial copies."

It should be noted, at this juncture, that the respondent Apple Canada Inc., was not a party at the trial of this action. The Federal Court of Appeal by judgment dated October 13, 1987 affirmed the judgment of the Trial Division dated April 29, 1986 but varied it so as to delete all references to Apple Canada Inc. as a plaintiff.

The hearing on the contempt motion was scheduled to commence on November 24, 1986. On November 12, 1986, the appellant, along with its

La requête pour outrage au tribunal a été présentée en vertu des dispositions de la Règle 2500 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]. Le juge des requêtes n'avait pas entendu de témoignage de vive voix lors de l'instruction de la requête. Les documents relatifs à la requête comportaient environ quatorze affidavits et la transcription des contre-interrogatoires relatifs à neuf de ces affidavits. L'ordonnance qui est en cause en l'espèce enjoignait l'appelante à consigner à la Cour «une somme de 100 000 \$, en déposant la somme requise ou un acte de cautionnement approuvé par le registraire de la Cour, à titre de garantie contre toute contravention future». Par une autre ordonnance en date du 10 septembre 1987, le juge des requêtes a suspendu l'ordonnance de consignation à la Cour à condition que l'appelante «consigne à la Cour la somme de 10 000 \$ à titre d'amende».

Dans la Division de première instance, par injonction émise le 29 avril 1986 et citée plus haut, l'appelante, ses préposés et ses agents ont fait l'objet d'une ordonnance leur interdisant «d'importer, de vendre ou de distribuer des ordinateurs ou des composantes d'ordinateur, sous le nom de Mackintosh ou tout autre nom, qui comprennent une copie ou une copie substantielle de l'une des œuvres littéraires "AUTOSTART ROM" ou "APPLESOFT", ou de porter atteinte de quelque façon au droit d'auteur des demanderessees à l'égard de ces œuvres». L'ordonnance exigeait aussi de l'appelante qu'elle «remette aux défenderesses [*sic*] toutes les copies ou copies substantielles des œuvres littéraires des demanderessees, "AUTOSTART ROM" ou "APPLESOFT", sous une forme quelconque, qui sont en la possession, sous la garde ou le contrôle» du défendeur et «y compris tout organe ou appareil contenant ces copies ou copies substantielles».

Il convient de souligner, à ce point, que l'intimée Apple Canada Inc. n'était pas partie au procès. La Cour d'appel fédérale, par jugement du 13 octobre 1987, a confirmé le jugement de la Division de première instance en date du 29 avril 1986, mais elle l'a modifié afin d'y éliminer toute référence à Apple Canada Inc. en qualité de demanderesse.

La requête pour outrage au tribunal devait être entendue le 24 novembre 1986. Le 12 novembre 1986, l'appelante ainsi que sa coaccusée, ont pré-

co-accused, brought a motion pursuant to Rule 319(4) for leave to adduce *viva voce* evidence from several witnesses at the hearing on the contempt motion. The learned Motions Judge ordered *inter alia*:

1. IT IS ORDERED that the Applicants shall serve and file affidavits of their proposed evidence on or before the 19th of November, 1986, if evidence is to be called.

2. AND IT IS FURTHER ORDERED that if affidavits are delivered aforesaid, the Respondent shall have leave to cross-examine thereon prior to the hearing and to seek such adjournment of the hearing, as may be required in that regard.

3. AND IT IS FURTHER ORDERED that the Applicants shall have leave to elect to repeat their evidence, *viva voce*, at the hearing and in that event counsel for the Respondent shall have a right to further cross-examine the Applicants who testify.

4. AND IT IS FURTHER ORDERED that the Respondent shall have leave to call evidence by way of Reply.

Counsel for the appellant advised us, at the hearing of the appeal, that he decided not to accept the invitation implicit in paragraph 3 *supra*, to "repeat" *viva voce* at the hearing the affidavit evidence filed in support of the appellant's position on the contempt motion. He said that, in his view, the November 12 order *supra*, was prejudicial to the interests of the appellant in that it afforded to the respondent two opportunities to cross-examine the appellant's witnesses as well as giving to the respondent an opportunity to call rebuttal evidence thereafter.

In the result, no *viva voce* evidence was called at the hearing of the contempt motion before the learned Motions Judge. She decided this motion on the basis of the affidavits before her together with the transcripts of the cross-examinations mentioned *supra*.

The Decision of the learned Motions Judge

The learned Motions Judge delivered detailed and carefully considered reasons for her decision. A perusal of her reasons makes it abundantly clear, in my view, that she struggled throughout those reasons to resolve the innumerable conflicts in the affidavit evidence before her. She made several references to irreconcilability of the

senté une requête en vertu de la Règle 319(4) en vue d'obtenir la permission d'ajouter plusieurs témoignages de vive voix à l'audition de la requête pour outrage au tribunal. Le juge a ordonné entre autres:

[TRADUCTION] 1. IL EST ORDONNÉ que les requérantes signifient et déposent des affidavits des témoignages proposés le ou avant le 19 novembre 1986, si elles entendent avoir recours à des témoins.

2. IL EST ORDONNÉ, si des affidavits sont présentés, que l'intimée puisse contre-interroger les témoins à cet égard avant l'audition et demander l'ajournement de l'audition, si besoin est.

3. IL EST ORDONNÉ que les requérantes puissent répéter leurs témoignages de vive voix à l'audition et dans ce cas, que l'avocat de l'intimée ait le droit de contre-interroger les requérantes qui déposent.

4. IL EST ORDONNÉ que l'intimée, en réponse, puisse convoquer des témoins.

L'avocat de l'appelante nous a avisés, lors de l'audition de l'appel, qu'il avait décidé de ne pas accepter l'invitation implicite du paragraphe 3 susmentionné à «répéter» de vive voix à l'audition le témoignage par affidavit déposé à l'appui de l'argument de l'appelante dans le cadre de la requête pour outrage au tribunal. Il a déclaré qu'à son avis, l'ordonnance du 12 novembre susmentionnée portait préjudice aux intérêts de l'appelante dans la mesure où elle accordait à l'intimée deux occasions de contre-interroger les témoins de l'appelante ainsi que l'occasion de présenter une contre-preuve par la suite.

Finalement, aucun témoignage de vive voix n'a été présenté devant le juge à l'audition de la requête pour outrage au tribunal. Le juge s'est prononcé sur cette requête en fonction des affidavits qui lui ont été présentés ainsi que des transcriptions des contre-interrogatoires mentionnés plus haut.

Décision du juge des requêtes

Le juge a donné des motifs de décision détaillés et bien pesés. À mon avis, il ressort clairement de la lecture de ses motifs qu'elle a tenté de son mieux de résoudre les contradictions innombrables qui se trouvaient dans la preuve par affidavit. Elle a mentionné plusieurs fois la nature irréconciliable

evidence.¹ Time after time throughout her reasons, she was forced to resolve these conflicts, all contained in affidavit evidence and the cross-examinations thereon. As a result she made some rather forceful adverse findings of credibility in respect of some of the deponents who swore affidavits in support of the appellant's position. I think it most unfortunate that she was forced to make such crucial findings of fact without the benefit of the traditional and irreplaceable tool so vital to the performance of the function of a trier of fact, namely the advantage of hearing the *viva voce* testimony of the witnesses, of observing their demeanour in the witness box and of assessing their responses to searching cross-examination by opposing counsel.

To properly consider the impact of the complete absence of *viva voce* evidence on this motion, I think it important to keep in mind the context in which this deficiency took place. This is a contempt of Court procedure. Lord Denning M.R. articulated the proper approach succinctly in the case of *In re Bramblevale Ltd.*, [1970] Ch. 128 (C.A.), at page 137:

A contempt of court is an offence of a criminal character. A man may be sent to prison for it. It must be satisfactorily proved. To use the time-honoured phrase, it must be proved beyond reasonable doubt

Where there are two equally consistent possibilities open to the court, it is not right to hold that the offence is proved beyond reasonable doubt.

In the case at bar, there has been advanced through the various affidavits filed two diametrically opposite versions of the facts relevant to the subject-matter of this motion. The learned Motions Judge considered the opposing versions of the facts as set out in the affidavits and the cross-examinations thereon and decided in favour of the respondent's version.

If it were possible to decide this motion on a balance of probabilities, I can say quite frankly that I would not interfere with the disposition arrived at by the learned Motions Judge. However, as noted *supra*, that is not the test on a motion of

¹ See for example:

(a) at p. 460—a reference to “conflicting evidence”;

(b) at p. 462—a further reference to “the conflicting version of the facts”;

de la preuve¹. D'après les motifs, il est clair qu'elle a dû sans cesse résoudre ces contradictions, qui d'ailleurs se trouvent toutes dans la preuve par affidavit et dans les contre-interrogatoires y afférents. Elle en est finalement arrivée à des conclusions en matière de crédibilité plutôt fermes et défavorables à l'égard de certains des déposants qui ont présenté un affidavit sous serment à l'appui de la position de l'appelante. Il est très regrettable qu'elle ait rendu des conclusions de fait si importantes sans avoir l'avantage habituel, indispensable et fondamental aux fonctions d'un juge des faits d'entendre des témoignages de vive voix, d'observer le comportement des témoins à la barre et d'évaluer leurs réponses au cours du contre-interrogatoire mené par l'avocat de la partie adverse.

Pour bien évaluer l'effet de l'absence totale de témoignages de vive voix dans cette requête, il importe de se rappeler le contexte dans lequel se situe ce défaut: il s'agit d'une procédure pour outrage au tribunal. Lord Denning a énoncé succinctement la façon convenable d'aborder ce problème dans l'affaire *In re Bramblevale Ltd.*, [1970] Ch. 128 (C.A.) à la page 137:

[TRADUCTION] Un outrage au tribunal est une infraction pénale. Elle peut entraîner l'incarcération d'un individu. Elle doit être établie de façon satisfaisante. Pour employer la formule consacrée, elle doit être prouvée au-delà de tout doute raisonnable

Lorsque deux possibilités se présentent également plausibles à la Cour, il est erroné de statuer que l'infraction est prouvée au-delà de tout doute raisonnable.

En l'espèce, les divers affidavits déposés nous présentent deux versions diamétralement opposées des faits pertinents à l'objet de cette requête. Le juge a examiné les versions contradictoires des faits énoncées dans les affidavits et dans les contre-interrogatoires y afférents et elle s'est prononcée en faveur de la version de l'intimée.

Si je pouvais me prononcer dans cette requête selon la prépondérance des probabilités, je déciderais en toute franchise de ne modifier en rien la décision du juge. Cependant, comme il a été souligné plus haut, ce n'est pas de ce critère dont il

¹ Voir par exemple:

a) à la p. 460—mention de «témoignages contradictoires»;

b) à la p. 462—autre mention de «les versions contradictoires des faits»;

this kind. The test is the one required for offences of a criminal nature—namely, proof beyond a reasonable doubt. I am not prepared to say, on this record, that contempt has been shown, beyond a reasonable doubt.

I am fortified in this conclusion by two recent decisions of the Ontario Court of Appeal. I refer to the *Jetco* case² and the *B.E.S.T. Plating* case.³ The *Jetco* case, involved an accused corporation and its president who had been found in contempt of Court of a prohibition order made pursuant to provisions of the Ontario *Municipal Act* [R.S.O. 1980, c. 302]. The contempt application was decided solely on affidavit evidence and cross-examinations thereon. No *viva voce* evidence was heard. The Ontario Court of Appeal set aside the conviction for contempt of Court. Brooke J.A. in delivering the judgment of the Court said (page 780):

Thus, while civil procedures are involved, because the allegation is that a public wrong was done and the liberty of the subject is at stake, the proceedings are essentially criminal in nature. The standard of proof governing the trial of criminal offences must be satisfied. The appellants are entitled to the presumption of innocence, and the onus is on the prosecution to prove their guilt beyond a reasonable doubt.

And, at page 781:

When there are controverted facts relating to matters essential to a decision as to whether a party is in contempt of court, those facts cannot be found by an assessment of the credibility of deponents who have not been seen or heard by the trier of fact, as was done in this case. The judge here quite simply was in no position to make the factual determination upon which his contempt order was predicated. On the disputed state of the evidence before him he could not properly conclude that the municipality had established beyond a reasonable doubt that the appellants were aware of the prohibition order of the justice of the peace. In the circumstances of this case, a trial of the issue raised by the application ought to have been ordered.

There is a striking similarity between the facts in *Jetco*, *supra*, and the case at bar. Accordingly, I find the well-reasoned statements by Mr. Justice Brooke *supra*, to be persuasive indeed. To like

² *R. v. Jetco Manufacturing Ltd. and Alexander* (1987), 57 O.R. (2d) 776 (C.A.).

³ *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas* (1987), 59 O.R. (2d) 145 (C.A.).

s'agit dans une requête de ce genre. Le critère est celui qui s'applique aux infractions de nature criminelle, à savoir une preuve au-delà de tout doute raisonnable. Je ne suis pas prêt à affirmer à cet égard que l'outrage au tribunal a été établi au-delà de tout doute raisonnable.

Deux décisions récentes de la Cour d'appel de l'Ontario confirment mon opinion: il s'agit des affaires *Jetco*² et *B.E.S.T. Plating*³. Dans l'affaire *Jetco*, il s'agissait d'une société et de son président accusés d'outrage au tribunal à l'égard d'une ordonnance d'interdiction prononcée en vertu des dispositions de la *Municipal Act* [R.S.O. 1980, chap. 302] de l'Ontario. La question de l'outrage au tribunal a été tranchée uniquement en fonction des preuves par affidavit et des contre-interrogatoires y afférents. Aucun témoignage de vive voix n'a été entendu. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé la condamnation pour outrage au tribunal rendue par la Cour. Le juge d'appel Brooke, en prononçant le jugement de la Cour, s'est exprimé en ces termes (à la page 780):

[TRADUCTION] Même s'il s'agit de poursuites au civil, l'action intentée est au fond de nature criminelle parce qu'il est allégué qu'une atteinte aux droits de la collectivité a été commise et que la liberté du sujet est en jeu. Le critère de la preuve s'appliquant à l'instruction des infractions criminelles doit être respecté. Les appelantes ont droit à la présomption d'innocence et il revient à la poursuite de prouver leur culpabilité au-delà de tout doute raisonnable.

Et à la page 781:

[TRADUCTION] Lorsque des faits controversés entourent des questions qui sont essentielles à la décision de savoir si une partie est coupable d'outrage au tribunal, ces faits ne peuvent être établis par l'évaluation de la crédibilité de déposants qui n'ont été ni entendus ni vus par le juge des faits, comme c'est le cas en l'espèce. Le juge n'était tout simplement pas en mesure de prendre la décision sur les faits sur laquelle s'appuie son ordonnance pour outrage au tribunal. Vu l'état contesté de la preuve qui lui était présentée, il ne pouvait conclure que la municipalité avait établi au-delà de tout doute raisonnable que les appelantes étaient au courant de l'ordonnance d'interdiction du juge de paix. Vu les circonstances de cette affaire, il aurait fallu ordonner une instruction de la question soulevée.

Il existe une ressemblance frappante entre les faits dans l'affaire *Jetco* précitée et l'espèce. Par conséquent, j'estime que les déclarations bien fondées du juge Brooke sont réellement persuasives. Il

² *R. v. Jetco Manufacturing Ltd. and Alexander* (1987), 57 O.R. (2d) 776 (C.A.).

³ *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas* (1987), 59 O.R. (2d) 145 (C.A.).

effect is the *B.E.S.T.* case, also a decision of the Ontario Court of Appeal. The headnote reads [at page 146]:

Where affidavits filed by the parties to contempt proceedings contain contradictory statements with respect to material facts or issues in the case, an alleged contemner is entitled to have a trial of an issue with the calling of witnesses to give *viva voce* evidence if he so requests. A refusal to order a trial of an issue in those circumstances would amount to a breach of the principles of fundamental justice.

It is to be noted that in the *B.E.S.T.* case, the Motions Judge refused to direct the trial of an issue. In the *Jetco* case, it is not apparent from the reasons whether there was a request for and a refusal of an oral hearing. In any event, I do not think that the presence or absence of a refusal to hear *viva voce* evidence materially affects the persuasive nature of these two unanimous decisions of the Ontario Court of Appeal. In the case at bar, the learned Motions Judge by her order of November 12, 1986, did afford to the appellant an opportunity to adduce *viva voce* evidence. However, that offer was highly restrictive in scope. For example, the appellant was only given leave to "repeat its affidavit evidence". It was also subject to the objection alluded to by counsel for the appellant in his submissions to us *supra*. More importantly however, the procedure followed by the Motions Judge in this case obligated the person charged with contempt to disclose by way of affidavit his defence before the onus which the accuser carries had been discharged. The contemner has the right to know, specifically, the case he has to meet. As stated by Rouleau J. in the *Selection Testing* case:⁴

Whether contempt of Court proceedings are characterized as criminal or civil, the person charged shall always be entitled to the unassailable bastion of common law, that is the right to know the particulars of the accusation and the right to remain silent until the accuser has met and discharged the onus.

Remedy

The order dated January 30, 1987, found the appellant guilty of contempt of Court and ordered

⁴ *Selection Testing Consultations International Ltd. v. Humanex International Inc.*, [1987] 2 F.C. 405, at p. 410; 14 C.P.R. (3d) 234 (T.D.), at p. 238.

en est de même pour l'affaire *B.E.S.T.* qui a été jugée également par la Cour d'appel de l'Ontario. En voici le sommaire [à la page 146]:

[TRADUCTION] Lorsque les affidavits déposés par les parties à une procédure pour outrage au tribunal contiennent des déclarations contradictoires à l'égard de faits ou de points importants dans l'affaire, l'auteur allégué de l'outrage au tribunal a le droit de citer des témoins et de recueillir leur témoignage de vive voix s'il le désire. Le refus d'ordonner l'instruction d'une question dans ces circonstances équivaudrait à une infraction au principe de justice fondamentale.

Il faut remarquer que dans l'affaire *B.E.S.T.*, le juge des requêtes a refusé d'ordonner l'instruction d'une question. Dans l'affaire *Jetco*, il ne ressort pas clairement des motifs si la partie avait demandé une audience et si cela lui avait été refusé. En tout état de cause, je ne crois pas que l'existence ou l'absence d'un refus d'entendre un témoignage de vive voix fasse tort à la nature persuasive de ces deux décisions unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario. En l'espèce, le juge, par son ordonnance du 12 novembre 1986, a bien donné à l'appelante l'occasion de produire des témoignages de vive voix. Cependant, cette possibilité avait une portée très restrictive. C'est ainsi que l'appelante a seulement reçu la permission de «répéter son témoignage par affidavit». Elle avait également fait l'objet d'une opposition à laquelle a fait allusion l'avocat de l'appelante dans l'exposé qu'il nous a présenté plus haut. Toutefois, il est encore plus important de remarquer que la procédure suivie par le juge a obligé la personne accusée d'outrage au tribunal de divulguer par voie d'affidavit sa défense avant que l'accusateur ne se soit déchargé du fardeau de la preuve. L'accusé de l'outrage au tribunal a le droit de connaître de façon précise les accusations auxquelles il doit répondre. Comme l'a déclaré le juge Rouleau dans l'affaire *Selection Testing*⁴:

Que l'on qualifie de civiles ou de criminelles les procédures d'outrage au tribunal, l'accusé aura toujours le droit de se réfugier derrière le rempart inattaquable de la *common law*, c'est-à-dire le droit de connaître les détails de l'accusation et celui de garder le silence jusqu'à ce que l'accusateur se soit déchargé du fardeau de la preuve.

Redressement

Par ordonnance datée du 30 janvier 1987, l'appelante a été déclarée coupable d'outrage au tribu-

⁴ *Selection Testing Consultations International Ltd. c. Humanex International Inc.*, [1987] 2 C.F. 405, à la p. 410; 14 C.P.R. (3d) 234 (1^{re} inst.), à la p. 238.

it to pay into Court the sum of \$100,000 by way of cash or such bond as may be approved by the Court's Registrar as security against any future infringement. The appeal should be allowed and the conviction for contempt and the above-described penalty therefore should be set aside. As a consequence, the further order dated September 10, 1987, staying portions of the order of January 30, 1987, must, necessarily, be set aside. The matter should be referred back to the Trial Division on the basis that the respondent, if so advised, is at liberty to reapply for an order of contempt against the appellant in proceedings which will involve a trial of the issue on *viva voce* evidence.

In so far as costs are concerned, I would make no order as to costs either here or in the Trial Division.

HUGESSEN J.: I agree.

STONE J.: I agree.

nal et elle a été enjointe à consigner à la Cour la somme de 100 000 \$ en déposant la somme requise ou un acte de cautionnement approuvé par le greffe de la Cour à titre de garantie contre toute contravention future. L'appel devrait être accueilli et la condamnation pour outrage au tribunal ainsi que l'amende susmentionnée devraient donc être annulées. En conséquence, l'ordonnance datée du 10 septembre 1987, portant suspension de certaines parties de l'ordonnance du 30 janvier 1987, doit être annulée. L'affaire devrait être renvoyée à la Division de première instance, étant entendu que l'intimée peut, si elle le désire, demander à nouveau le prononcé d'une ordonnance pour outrage au tribunal à l'encontre de l'appelante dans une action où la question sera jugée sur la base de témoignages de vive voix.

Il n'y aura pas d'ordonnance relative aux dépens ni en appel ni en première instance.

LE JUGE HUGESSEN: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE STONE: Je souscris à ces motifs.