

A-1271-84

A-1271-84

Cutter (Canada), Ltd. (Appellant)

v.

Baxter Travenol Laboratories of Canada, Limited: Travenol Laboratories Inc., and Baxter Travenol Laboratories, Inc. (Respondents)*INDEXED AS: BAXTER TRAVENOL LABORATORIES OF CANADA, LTD. v. CUTTER (CANADA), LTD.*

Court of Appeal, Urie, Stone and MacGuigan JJ.—Ottawa, February 17 and March 3, 1987.

Practice — Contempt of court — Quantum of fine — Appellant disposing of infringing goods rather than destroying or delivering up as directed in reasons for judgment — Acting on counsel's advice reasons for judgment not effective until formal judgment pronounced — Criminal contempt proceeding — That conduct non-contumacious cannot be raised as defence — Mitigating factor as to penalty — Judgment varied — Fine reduced from \$100,000 to \$50,000 — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 355.

This is an appeal against the quantum of a fine imposed on the appellant Cutter as a result of a finding of contempt of court made by Dubé J. in October 1984. Cutter, acting on the advice of its counsel that reasons for judgment do not become effective until after pronouncement of the formal judgment, disposed of its inventory of infringing blood bags contrary to the reasons for judgment directing it to either destroy them or deliver them up to Baxter. The Trial Judge imposed a fine of \$100,000 or 10 percent of the value of the infringing goods, i.e. \$1 million. The Supreme Court of Canada, in a decision rendered in 1983, held that Cutter's conduct was not in breach of the injunction but could constitute contempt by reason of an "interference with the orderly administration of justice and an impairment of the . . . dignity of the Court". Cutter submits that its conduct was not contumacious and that therefore it did not deserve such a severe punishment. The question is whether the Trial Judge had regard to all the circumstances which should be taken into consideration when imposing a fine in a contempt proceeding.

Held, judgment should be varied by reducing the penalty to \$50,000.

This is a criminal contempt proceeding for impeding the orderly administration of justice and for impairing the dignity of the Court, not a civil contempt case as believed by the Trial Judge. The fact that a party is entitled to be fully compensated for damages sustained as a result of the sale of infringing products is irrelevant. It is the gravity of the contempt that is the relevant factor.

Cutter (Canada), Ltd. (appellante)

c.

a

Baxter Travenol Laboratories of Canada, Limited: Travenol Laboratories Inc., et Baxter Travenol Laboratories, Inc. (intimées)

b

RÉPERTORIÉ: BAXTER TRAVENOL LABORATORIES OF CANADA, LTD. c. CUTTER (CANADA), LTD.

Cour d'appel, juges Urie, Stone et MacGuigan—Ottawa, 17 février et 3 mars 1987.

c

Pratique — Outrage au tribunal — Montant d'une amende — L'appellante s'est départie de marchandises contrefaites au lieu de les détruire ou de les remettre ainsi que l'ordonnaient les motifs de jugement — Elle a agi de cette façon en se fiant à l'opinion de son avocat que les dispositions des motifs de jugement entraient en vigueur seulement une fois prononcé le jugement officiel — Poursuite criminelle pour outrage au tribunal — Le fait que la conduite de l'appellante ne constitue pas une désobéissance ne peut être soulevé en défense — Il s'agit d'un facteur d'atténuation de la peine — Jugement modifié — L'amende est réduite de 100 000 \$ à 50 000 \$. — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 355.

d

e

L'appel en l'espèce conteste le montant de l'amende imposée à l'appellante Cutter à la suite de la décision d'octobre 1984 du juge Dubé portant qu'elle avait commis un outrage au tribunal. Cutter, se fondant sur l'opinion de son avocat que les dispositions prévues dans les motifs de jugement n'entraient en vigueur qu'une fois prononcé le jugement officiel, s'est départie de son inventaire de poches contrefaites pour le sang et ses dérivés, contrairement aux prescriptions des motifs de jugement voulant qu'elle les détruise ou les remette à Baxter. Le juge de première instance a imposé une amende de 100 000 \$ ou de 10 % de la valeur des marchandises contrefaites, qui s'élevait à un million de dollars. La Cour suprême du Canada, dans une décision rendue en 1983, a conclu que la conduite de Cutter ne contrevenait pas à l'injonction en question mais pouvait constituer un outrage au tribunal puisqu'elle avait agi «de façon à gêner la bonne administration de la justice ou à porter atteinte . . . à la dignité de la Cour». Cutter soutient que, ayant posé les actes reprochés sans intention de désobéir, elle ne méritait pas une peine aussi sévère. La question qui se pose est celle de savoir si le juge de première instance a pris en considération tous les faits devant entrer en ligne de compte dans l'imposition d'une amende pour outrage au tribunal.

f

g

h

i

Arrêt: le jugement devrait être modifié de façon à réduire l'amende à 50 000 \$.

j

Il s'agit en l'espèce d'une action criminelle pour outrage au tribunal pour avoir entravé la bonne administration de la justice et porté atteinte à la dignité de la Cour, non d'un outrage à caractère civil, contrairement à ce qu'a cru le juge de première instance. Le droit d'une partie d'être indemnisée pour la totalité des dommages subis à la suite de la vente des produits contrefaits n'est pas pertinent. Ce qui importe, c'est la gravité de l'outrage.

The Trial Judge did not err in using a percentage of the value of the goods not delivered up as a guide for measuring the penalty. In imposing penalties in criminal contempt cases, it is proper to take into account "the severity of the law and the temperance of justice", as established by the authorities cited by the appellant.

The presence or absence of good faith on the part of Cutter in relying on the advice of its counsel is not relevant in determining whether or not there was an act of contempt. It is relevant only as a mitigating factor in considering the penalty to be imposed. In the present case, the reasons for judgment indicate that the Trial Judge was well aware that non-contumacious conduct is not a defence to a finding of contempt *per se*. However, the reasons also show that he failed to consider that non-contumacious conduct—reliance by Cutter on the legal advice it received—can be a mitigating factor where penalty is concerned. His understanding of the mandate of the Supreme Court of Canada, as disclosed in his reasons, indicate that he failed to appreciate the differences between the two aspects of the defence. The Supreme Court, in referring the matter back to the Trial Division, had in mind only the issue of the existence or non-existence of contempt, not the issue of the penalty to be imposed in the Trial Division. In view of the appellant's reliance on erroneous legal advice justice would be served if the penalty were reduced to \$50,000.

CASE JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Re Mileage Conference Group of the Tyre Manufacturers' Conference, Ltd.'s Agreement (1966), 2 All E.R. 349 (R.P.C.).

COUNSEL:

George E. Fisk for appellant.
No one appearing for respondents.
Barbara McIsaac for Attorney General of Canada.

SOLICITORS:

Gowling & Henderson, Ottawa, for appellant.
Fasken & Calvin, Toronto, for respondents.
Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

URIE J.: The litigation out of which the judgment of the Trial Division [[1986] 1 F.C. 497] which is the subject of this appeal arose has been

Le juge de première instance ne s'est pas trompé en prenant comme mesure de l'amende un pourcentage de la valeur des biens non remis. Dans l'imposition des amendes pour outrage au tribunal à caractère criminel, il est approprié de tenir compte de «la sévérité de la loi et de la clémence de la justice», ainsi que l'établissent les précédents cités par l'appelante.

La question de savoir si Cutter était de bonne foi en se fiant à l'opinion de son avocat n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si un outrage a été commis. Cette question ne doit entrer en ligne de compte qu'au moment de l'imposition de la peine, à titre de facteur d'atténuation. En l'espèce, les motifs de jugement indiquent que le juge de première instance savait très bien que l'absence de volonté de désobéir ne constitue pas, par elle-même, une défense opposable à la conclusion qu'un outrage a été commis. Toutefois, il ressort également des motifs qu'il a manqué de considérer que l'absence de volonté de désobéir—le fait pour Cutter de s'être fié à l'opinion juridique qu'elle a reçue—peut constituer un facteur d'atténuation de la peine. Il a manqué de distinguer ces deux aspects du moyen de défense opposé, si l'on en juge par les extraits de ses motifs qui font état de sa compréhension du mandat confié par la Cour suprême du Canada. La Cour suprême, en renvoyant la question devant la Division de première instance, n'avait à l'esprit que la question de l'existence ou de la non-existence de l'outrage au tribunal et non la question de la pénalité que devrait imposer la Division de première instance. Considérant le fait que l'appelante s'est fiée à une opinion juridique erronée, justice serait faite en réduisant à 50 000 \$ le montant de l'amende imposée.

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

Re Mileage Conference Group of the Tyre Manufacturers' Conference, Ltd.'s Agreement (1966), 2 All E.R. 349 (R.P.C.).

AVOCATS:

George E. Fisk pour l'appelante.
Personne n'a comparu pour les intimées.
Barbara McIsaac pour le procureur général du Canada.

PROCUREURS:

Gowling & Henderson, Ottawa, pour l'appelante.
Fasken & Calvin, Toronto, pour les intimées.
Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada.

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

LE JUGE URIE: Le litige tranché par le jugement de la Division de première instance [[1986] 1 C.F. 497] porté en appel a été complexe et de

lengthy and complex. A brief review thereof will bring into focus the sole issue in this appeal.

The appellant ("Cutter") was the defendant in a patent action brought in the Trial Division by the respondents ("Baxter"). After a trial in November 1980, Mr. Justice Gibson delivered his reasons for judgment on December 11, 1980 [(1981), 52 C.P.R. (2d) 163] in which he found that the patent in suit was valid and had been infringed by Cutter. He further held [at page 172] that Baxter was "entitled to judgment against Cutter, declaring, ordering and adjudging as follows". There followed seven specific paragraphs which, *inter alia*, enjoined Cutter from "manufacturing, offering for sale, selling or distributing multiple blood-bag sets" [at page 172] and ordering Cutter to destroy or deliver up to Baxter all infringing goods in its "possession, custody or control" [at page 173]. He then directed counsel to "prepare in both official languages an appropriate judgment to implement the foregoing conclusions and may move for judgment in accordance with Rule 337(2)(b)". Formal judgment was settled by Gibson J. and entered, after submissions by counsel, on December 18, 1980.

Having been advised by its counsel that under the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], as he understood them, reasons for judgment did not become effective until after pronouncement of the formal judgment, Cutter proceeded with alacrity and efficiency to dispose of its inventory of infringing blood bags between December 11 and December 18, 1980 rather than destroying them or delivering them up as Gibson J.'s reasons for judgment directed.

As a result on January 12, 1981 Baxter obtained from the Trial Division an *ex parte* show cause order why Cutter should not be condemned for contempt of court for (a) breach of the injunction granted by Gibson J. and (b) acting in such a way as to interfere with the "orderly administration of justice or to impair the authority or dignity of the Court by entering, after the commencement of the

longue durée. Un bref examen des étapes de ce litige fera ressortir clairement la seule question soulevée par le présent appel.

L'appelante («Cutter») était défenderesse dans une action en contrefaçon de brevet intentée par les intimées («Baxter») devant la Division de première instance. Après avoir instruit le procès en novembre 1980, le 11 décembre 1980, le juge Gibson a prononcé des motifs de jugement [(1981), 52 C.P.R. (2d) 163] concluant que le brevet en litige était valide et avait été contrefait par Cutter. Il a également conclu [à la page 172]: «Baxter obtient gain de cause contre Cutter et le présent jugement déclare et ordonne ce qui suit». Les sept paragraphes précis qui suivaient interdisaient notamment à Cutter «de fabriquer, d'offrir en vente, de vendre ou de distribuer des poches multiples pour le sang et ses dérivés» [à la page 172] et ordonnait à Cutter de détruire ou de remettre à Baxter tous les objets contrefaits «en sa possession, sous sa garde ou sous son contrôle» [à la page 173]. Il a alors ordonné aux avocats des parties de «préparer, dans les deux langues officielles, un jugement approprié pour donner effet aux conclusions qui précèdent et déclare que les parties peuvent demander que ce jugement soit prononcé en conformité avec la Règle 337(2)(b)». Le jugement officiel a été rédigé par le juge Gibson pour être inscrit, après audition des observations des avocats, le 18 décembre 1980.

Son avocat étant d'opinion que, en vertu des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], les dispositions prévues dans les motifs de jugement n'entraient en vigueur qu'une fois prononcé le jugement officiel, Cutter s'est appliquée, avec promptitude et efficacité, à se départir de son inventaire de poches contrefaites pour le sang et ses dérivés entre le 11 et le 18 décembre 1980, afin d'éviter de les détruire ou de les remettre ainsi que l'ordonnaient les motifs de jugement du juge Gibson.

En conséquence, le 12 janvier 1981, Baxter a obtenu de la Division de première instance une ordonnance de justification *ex parte* enjoignant à Cutter de faire valoir les motifs pour lesquels elle ne devrait pas être déclarée coupable d'outrage au tribunal pour avoir (a) défié l'injonction accordée par le juge Gibson et (b) agi de façon à gêner «la bonne administration de la justice, ou à porter

trial herein, into an arrangement out of the ordinary course of trade" for the disposal of the infringing blood bag sets.

On February 3, 1981, Cattanach J. [(1981), 54 C.P.R. (2d) 145] held that the acts complained of could not be in breach of the judgment of Gibson J. which had not been pronounced on December 11 but only on December 18, 1980. His judgment was affirmed on appeal to this Court [(1981), 54 C.P.R. (2d) 152]. The Supreme Court of Canada, on November 3, 1983 [[1983] 2 S.C.R. 388] agreed that the acts complained of were not in breach of the injunction. However, those acts, it was held [at page 398], could constitute contempt

... between December 11 and December 18, 1980 by reason of an interference with the orderly administration of justice and an impairment of the order or dignity of the Court (Rule 355). It would be covered by paragraph (b) of the show cause order. Since this question arose as a preliminary objection [before Cattanach J.], there has never been a finding of fact that Cutter and/or Maxwell [President of Baxter], with knowledge of their existence, did contravene the prohibitions contained in Gibson J.'s December 11 reasons for decision. Such a determination cannot be made in this Court; it would require a reconvened hearing before the Federal Court, Trial Division.

On July 16, 1984, Baxter obtained a second show cause order, *ex parte*, from Strayer J. in the Trial Division. Its purpose, Dubé J. said [at page 501], was "to clarify the foundation upon which evidence would be adduced in the hearing of the first show cause order" which had been remitted to the Trial Division by the Supreme Court of Canada. An appeal from the second order was dismissed by this Court. Both show cause orders were made returnable before Dubé J. who, on October 26, 1984 found that Cutter knew of the prohibitions contained in the reasons for judgment of Gibson J. and had contravened those prohibitions by failing either to destroy the infringing goods or to deliver them up to Baxter and, moreover, had disposed of them by sale or otherwise during the period December 11 to December 18, 1980. Cutter was thus in contempt because there was [at page 510] "interference with the orderly administration of justice and an impairment of the

atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour en concluant, après le début du présent procès, une entente hors du cours ordinaire du commerce» pour se départir des poches contrefaites pour le sang et ses dérivés.

Le 3 février 1981, le juge Cattanach [(1981), 54 C.P.R. (2d) 145] a statué que les actes reprochés ne pouvaient enfreindre le jugement du juge Gibson, qui n'était pas encore prononcé le 11 décembre 1980 et ne l'a été que le 18 décembre de cette même année. Ce jugement a été porté en appel devant notre Cour, qui l'a confirmé [(1981), 54 C.P.R. (2d) 152]. La Cour suprême du Canada, le 3 novembre 1983 [[1983] 2 R.C.S. 388], a convenu que les actes reprochés ne contrevenaient pas à l'injonction en question. Elle a toutefois conclu [à la page 398] que ces actes pouvaient constituer un outrage au tribunal puisque,

... entre le 11 décembre et le 18 décembre 1980... on a agi de façon à gêner la bonne administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour (règle 355). Cela serait visé par l'alinéa b) de l'ordonnance de justification. Puisque la question a été soulevée à titre d'exception préliminaire [devant le juge Cattanach], il n'y a jamais eu de constatation de fait que Cutter ou Maxwell [président de Baxter], ou les deux, ont, en toute connaissance de leur existence, désobéi aux interdictions contenues dans les motifs de jugement rendus par le juge Gibson le 11 décembre. Il n'appartient pas à cette Cour de se prononcer sur ce point; il faudrait reprendre l'audience de la Division de première instance de la Cour fédérale.

Le 16 juillet 1984, Baxter a obtenu du juge Strayer, de la Division de première instance, une seconde ordonnance de justification, rendue *ex parte*. Celle-ci, a dit le juge Dubé [à la page 501], avait pour but «de clarifier le fondement sur lequel les preuves devaient être produites à l'audience relative à la première ordonnance de justification» après que l'affaire eut été déférée à la Division de première instance par la Cour suprême du Canada. Un appel formé à l'encontre de la seconde ordonnance a été rejeté par cette Cour. Ces ordonnances de justification renvoyaient toutes deux l'appelante devant le juge Dubé, qui, le 26 octobre 1984, a conclu que Cutter connaissait les interdictions contenues dans les motifs du jugement du juge Gibson, qu'elle les avait violées en omettant de détruire les biens contrefaits ou de les remettre à Baxter et, de plus, qu'elle s'était débarrassée de ces biens par vente ou autre mode d'aliénation au cours de la période s'étendant du 11 au 18 décem-

order or dignity of the Court". As a consequence, he imposed on Cutter [at page 510] "a fine of \$100,000 plus party-and-party costs and the plaintiffs' costs on a solicitor-and-client basis". It is from that judgment in so far as it relates to the quantum of the fine and not to the finding of contempt, that this appeal is brought.

It should also be pointed out that after Dubé J.'s judgment was rendered Baxter and Cutter settled their differences. Cutter paid to Baxter damages for all sales made by it between December 11 and December 18, 1980 as well as their costs of the contempt proceedings.

The first submission, advanced by Cutter's counsel was that the fine levied by Dubé J. in this case was grossly excessive having regard to the fact that, so far as he could ascertain, it was the largest fine for contempt ever ordered by a court in Canada until that time although since then there have been at least two larger fines assessed, one of which was by the Trial Division in a judgment which is under appeal at this time. Counsel cited many cases in which lesser fines were levied in different circumstances. Other than their use to illustrate the factors which traditionally are taken into account by courts in contempt cases in determining the appropriate penalties, I find the cases to be of only peripheral interest in determining the issue in this case. Attention should more properly be directed to ascertaining whether the learned Trial Judge had regard to all of the circumstances which he should take into consideration when imposing a fine in a contempt proceeding.

Coupled with the foregoing submission counsel argued that Dubé J. had failed to take into account the low degree of Cutter's contumacy as disclosed by the evidence. This, it was said, led him to the excessive penalty. Rather, in counsel's view, he had focussed his attention on the amount of money in issue in the action. In doing so he overlooked the fact that Baxter was entitled, by the judgment of Gibson J., to be fully compensated

bre 1980. Cutter était donc coupable d'outrage au tribunal parce qu'il y avait eu [à la page 510] «entrave à la bonne administration de la justice et atteinte à l'autorité et à la dignité de la Cour». En conséquence, il a condamné Cutter [à la page 510] à «une amende de 100 000 \$, aux dépens entre parties et aux dépens des demandresses calculés comme entre avocat et client». L'appel en l'espèce conteste le montant fixé pour l'amende et ne vise pas la conclusion d'outrage au tribunal.

Soulignons que Baxter et Cutter ont réglé leurs différends une fois rendu le jugement du juge Dubé. Cutter a payé à Baxter des dommages-intérêts relativement à toutes les ventes effectuées entre le 11 et le 18 décembre 1980 ainsi que ses dépens occasionnés dans le cadre de l'instance relative à l'outrage au tribunal.

Selon le premier argument avancé par l'avocat de Cutter, l'amende imposée par le juge Dubé dans la présente affaire était très excessive puisque, à sa connaissance, il s'agissait, à l'époque, de l'amende la plus élevée jamais imposée par un tribunal canadien, bien que, depuis ce temps, au moins deux amendes supérieures à celle-là aient été imposées, dont l'une par la Division de première instance dans un jugement présentement porté en appel. Cet avocat a cité de nombreuses affaires dans lesquelles ont été imposées des amendes moindres que celle en l'espèce dans des circonstances différentes de celles en cause. À part leur illustration des facteurs dont, traditionnellement, les tribunaux tiennent compte pour déterminer les peines applicables en matière d'outrage, je conclus que ces décisions me sont d'un intérêt relatif en l'espèce. Il serait plus approprié pour cette Cour de s'appliquer à trancher la question de savoir si le juge de première instance a pris en considération tous les faits devant entrer en ligne de compte dans l'imposition d'une amende pour outrage au tribunal.

Greffé à l'argument qui précède, est celui selon lequel le juge Dubé n'a pas pris en considération que la preuve révélait peu de désobéissance de la part de l'appelante. L'avocat de cette dernière a soutenu que cette erreur a conduit le juge à imposer une amende excessive. Au lieu de tenir compte de ce facteur, le juge aurait concentré son attention sur le montant en litige dans l'action, méconnaissant ainsi que Baxter avait le droit, en vertu du

for all damages arising from sales of the infringing products. This fact when taken together with the absence of wilfulness in Cutter's disobedience of the Court's order, should have led the Trial Judge to impose only a modest or token fine.

I do not agree. In my view, the fact that Baxter would be entitled to recovery of the damages sustained by the unlawful sale of the infringing products overlooks the fact that this is a criminal contempt proceeding for impeding the orderly administration of justice and for impairing the order or dignity of the Court. It was not at that stage a case of civil contempt although the Trial Judge, wrongly I think, seemed to believe that it was. The fact of a party's entitlement to recovery of damages is, therefore, irrelevant. What is relevant is the gravity of the contempt in the context of the particular circumstances of the case as they pertain to the administration of justice. The learned Trial Judge clearly discerned this at pages 509-510 of his reasons:

Under the circumstances of this case, I do not believe it would be fitting to apply the full rigours of the law and to impose imprisonment. However, there has been, in my view, interference with the orderly administration of justice and an impairment of the order or dignity of the Court. There is obviously considerable public interest in maintaining the authority of justice in this country, so the penalty must be severe enough to suit the gravity of the contraventions.

The defendant has failed to deliver up to the plaintiffs, or to destroy, infringing goods of the value of about \$1 million. A fine of ten per cent of that amount would appear to me to be appropriate to indicate the severity of the law and yet sufficiently moderate to show the temperance of justice.

The fact that in calculating the fine Dubé J. employed as a yardstick the application of a percentage to the approximate value of the goods not delivered up or destroyed does not, in my view, constitute an error in law when the calculation in the quotation above is viewed in the context of the sentences and phrases preceding and following it. There is no authority of which I am aware which fixes any particular percentage as appropriate in such circumstances nor do I think that the use of a percentage is a device which can or should always be employed. In the circumstances of this case it

jugement du juge Gibson, d'être indemnisée intégralement du préjudice que lui causait la vente des produits contrefaits. Ce facteur, combiné au fait que la désobéissance de Cutter à l'ordonnance de la Cour n'avait pas un caractère volontaire, aurait dû inciter le juge de première instance à imposer seulement une amende modeste ou symbolique.

Je ne suis pas d'accord avec cette assertion. À mon avis, exciper du droit de Baxter d'être indemnisée du préjudice résultant de la vente illégale des produits contrefaits, c'est oublier que nous sommes en présence d'une action criminelle pour outrage au tribunal pour avoir entravé la bonne administration de la justice et porté atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour. À ce stade, il ne s'agissait pas d'un outrage à caractère civil, contrairement à ce que le juge de première instance a, erronément, selon moi, semblé croire. Le droit d'une partie au recouvrement de dommages-intérêts n'est donc pas pertinent. Ce qui importe, c'est la gravité de l'outrage, appréciée en fonction des faits particuliers de l'espèce sur l'administration de la justice. Le juge de première instance a clairement compris ce principe, écrivant aux pages 509 et 510 de ses motifs:

Vu les circonstances de l'espèce, je ne crois pas qu'il convienne d'appliquer la loi dans toute sa rigueur et de condamner à l'emprisonnement. Il n'en reste pas moins qu'il y a eu à mon avis entrave à la bonne administration de la justice et atteinte à l'autorité et à la dignité de la Cour. L'intérêt public commande manifestement de sauvegarder l'autorité de la justice, de sorte que le châtement doit être suffisamment sévère pour correspondre à la gravité de l'infraction.

La défenderesse a omis de remettre aux demandresses ou de détruire les biens contrefaits qui sont évalués à environ 1 million de dollars. Une amende s'élevant à 10 pour cent de cette somme m'apparaît assez élevée pour rendre compte de la sévérité de la loi et suffisamment modérée pour démontrer la clémence de la justice.

J'estime que si l'on place le calcul mentionné dans l'extrait précité dans le contexte des phrases et locutions qui le précèdent et le suivent, le fait pour le juge Dubé de prendre comme mesure de l'amende, un pourcentage de la valeur approximative des biens non remis ou détruits ne constitue pas une erreur de droit. Je ne connais aucun jugement statuant qu'un pourcentage particulier doit s'appliquer dans de telles circonstances, et je ne crois pas qu'un pourcentage constitue une méthode de calcul pouvant ou devant être appliquée de façon constante. Dans les circonstances de

was a tool used by the Trial Judge "to be appropriate to indicate the severity of the law and yet sufficiently moderate to show the temperance of justice". Those are among the considerations shown by the cases cited by the appellant to be properly taken into account in imposing penalties in criminal contempt cases. Viewed in that light no error was made by utilizing a percentage as a guide for measuring the penalty.

The only attack by Cutter's counsel on the quantum of penalty which has any merit, as I see it, was that since Cutter's conduct was not contumacious in its view, it ought not to have been severely punished, if at all. It had prudently relied on the advice of its able counsel who was experienced in Federal Court practice. His view of the law as it existed at that time had been vindicated in the Trial Division, in this Court and in the Supreme Court of Canada. His only error was that he had not foreseen that the Supreme Court might find that notwithstanding that there had been no breach of the injunction because that injunction did not exist until formal judgment had been pronounced, Cutter had interfered with the orderly administration of justice and had impaired the order or dignity of the Court by ignoring the directions of Gibson J. in his reasons for judgment in a manner contemplated by Rule 355 of the General Rules and Orders of the Federal Court.¹ Therefore, in his submission the wrong but not unreasonable view upon which the then counsel had based his advice and which had been accepted by Cutter, did not constitute conduct of the wilful

¹ *Rule 355.* (1) Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the Court or a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the Court. In particular, any officer of justice who fails to do his duty, and any sheriff or bailiff who does not execute a writ forthwith or does not make a return thereof or, in executing it, infringes any rule the violation whereof renders him liable to a penalty, is guilty of contempt of court.

(2) Except where otherwise provided, anyone who is guilty of contempt of court is liable to a fine, which in the case of an individual shall not exceed \$5,000, or to imprisonment for a period not exceeding one year. Imprisonment, and in the case of a corporation a fine, for refusal to obey any process or order may be repeatedly inflicted until the person condemned obeys.

(3) Anyone who is guilty of contempt of court in the presence of the judge in the exercise of his functions may be condemned at once, provided that he has been called upon to justify his behaviour.

(Continued on next page)

l'espèce, il s'agissait d'un outil permettant de fixer une amende «assez élevée pour rendre compte de la sévérité de la loi et suffisamment modérée pour démontrer la clémence de la justice». Ces considérations sont de celles qui, selon les décisions citées par l'appelante, doivent entrer en ligne de compte lors de l'imposition des pénalités dans des affaires portant sur l'outrage au tribunal en matière criminelle. Dans cette optique, l'utilisation d'un pourcentage comme guide d'appréciation de la pénalité n'a pas constitué une erreur.

Parmi les arguments présentés par l'avocat de Cutter pour contester le montant de l'amende imposée, le seul qui, selon moi, est quelque peu fondé veut que Cutter n'eût pas dû être punie ou n'eût pas dû l'être sévèrement, le cas échéant, parce qu'elle ne croyait pas que sa conduite constituait une désobéissance au moment où elle a agi. Elle s'était prudemment fiée à l'opinion de son avocat, qui était compétent et avait l'expérience de la pratique du droit devant la Cour fédérale. Son opinion sur l'état du droit à l'époque avait été confirmée par la Division de première instance, par cette Cour et par la Cour suprême du Canada. Sa seule erreur fut de ne pas prévoir que la Cour suprême puisse conclure que bien que l'injonction en cause n'ait pas été enfreinte, cette dernière n'ayant eu effet qu'au prononcé du jugement officiel, Cutter avait gêné la bonne administration de la justice et avait porté atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour en faisant fi des ordres contenus dans les motifs de jugement du juge Gibson de la manière visée par la Règle 355 des Règles et ordonnances générales de la Cour fédérale du Canada¹. En conséquence, selon sa prétention, la

¹ *Règle 355.* (1) Est coupable d'outrage au tribunal quiconque désobéit à un bref ou une ordonnance de la Cour ou d'un de ses juges, ou agit de façon à gêner la bonne administration de la justice, ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour. En particulier, un officier de la justice qui ne fait pas son devoir, et un shérif ou huissier qui n'exécute pas immédiatement un bref ou qui ne dresse pas le procès-verbal d'exécution y afférent ou qui, enfreint une règle dont la violation le rend passible d'une peine, est coupable d'outrage au tribunal.

(2) Sauf disposition contraire, quiconque est coupable d'outrage au tribunal est passible d'une amende qui, dans le cas d'un particulier ne doit pas dépasser \$5,000 ou d'un emprisonnement d'un an au plus. L'emprisonnement et, dans le cas d'une corporation, une amende, pour refus d'obéissance à un bref ou une ordonnance, peuvent être renouvelés jusqu'à ce que la personne condamnée obéisse.

(3) Quiconque se rend coupable d'outrage au tribunal en présence du juge dans l'exercice de ses fonctions peut être condamné sur-le-champ, pourvu qu'on lui ait demandé de justifier son comportement.

(Suite à la page suivante)

and deliberate nature to be deserving of more than a token penalty. Put another way, reliance on the advice of counsel did not demonstrate the lack of good faith in its actions necessary to establish contumacious conduct of a serious nature.

Having said that, counsel conceded, correctly I think, that the presence or absence of good faith on the part of an alleged contemnor is not relevant in the determination of whether or not there was an act of contempt. It is relevant only in considering the penalty to be imposed, as a mitigating factor. The following excerpts from the decision of the English Restrictive Trade Practices Court in *Re Mileage Conference Group of the Tyre Manufacturers' Conference, Ltd.'s Agreement*² are apposite in respect of this submission and correctly reflect the prevailing law thereon:

(Continued from previous page)

(4) No one may be condemned for contempt of court committed out of the presence of the judge, unless he has been served with a show cause order ordering him to appear before the Court, on the day and at the hour fixed to hear proof of the acts with which he is charged and to urge any grounds of defence that he may have. The show cause order issued by the judge of his own motion or on application must be served personally, unless for valid reasons another mode of service is authorized. The application for the issuance of the show cause order may be presented without its being necessary to have it served.

(5) The procedure set out in paragraph (4) is without prejudice to an application for committal under Division I of Part VII. The two methods of proceeding are alternatives and when one has been acted on, the other cannot be invoked. The other provisions in this Rule are without prejudice to the inherent powers of the Court; and both this Rule and the inherent powers can be invoked on any appropriate occasion.

² (1966), 2 All E.R. 349, at pp. 862-863.

manière de voir erronée mais non déraisonnable sur laquelle l'avocat représentant alors Cutter avait fondé son opinion, manière de voir qui avait été acceptée par sa cliente, n'impliquait pas une conduite possédant le caractère volontaire et réfléchi qui est nécessaire à l'imposition d'une amende autre que symbolique. En d'autres termes, le fait que Cutter se soit fiée à l'avis de son avocat ne révélait pas la mauvaise foi qui devrait lui être imputée pour donner à sa conduite le caractère d'une désobéissance grave.

Cela étant dit, l'avocat de Cutter a reconnu, à mon avis justement, que la présence ou l'absence de bonne foi de la part de celui qui se serait rendu coupable d'outrage au tribunal n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si, oui ou non, un acte constituant un outrage au tribunal a été commis. La bonne foi n'est pertinente qu'à titre de facteur pouvant atténuer la peine à être imposée. Les extraits suivants de la décision rendue par la Restrictive Trade Practices Court anglaise dans l'affaire *Re Mileage Conference Group of the Tyre Manufacturers' Conference, Ltd.'s Agreement*² sont pertinents en ce qui a trait à cette prétention et exposent correctement l'état du droit à cet égard:

(Suite de la page précédente)

(4) Une personne ne peut être condamnée pour outrage au tribunal commis hors de la présence du juge que s'il lui a été signifié une ordonnance de justification lui enjoignant de comparaître devant la Cour, au jour et à l'heure fixés pour entendre la preuve des actes dont il est accusé et pour présenter, le cas échéant, sa défense en exposant les raisons de sa conduite. Cette ordonnance, rendue par le juge soit de sa propre initiative, soit sur demande, doit obligatoirement être signifiée à personne, à moins qu'un autre mode de signification ne soit autorisé pour des raisons valables. La demande d'ordonnance de justification enjoignant d'exposer les raisons peut être présentée sans qu'il soit nécessaire de la faire signifier.

(5) La procédure prévue à l'alinéa (4) n'exclut pas une demande d'incarcération en vertu du chapitre I de la Partie VII. L'une ou l'autre de ces deux méthodes de procédure peut être appliquée, mais le fait de s'être engagé dans l'une de ces deux voies supprime la possibilité de s'engager dans l'autre. Les autres dispositions de la présente Règle n'excluent pas les pouvoirs inhérents à la Cour; et la présente Règle ainsi que les pouvoirs inhérents à la Cour peuvent être invoqués en toute circonstance appropriée.

² (1966), 2 All E.R. 349, aux p. 862 et 863.

In *Re Agreement between Newspaper Proprietors' Association, Ltd., and National Federation of Retail Newsagents, Booksellers and Stationers* ([1961] 3 All E.R. 428 at p. 445; (1961), L.R. 2 R.P. 453 at pp. 499, 500), the court, in a judgment which was also delivered by DIPLOCK, J., went further. In relation to the special facts of that case, the court said:

... I also desire to make it crystal clear, since the object is plain, that the court will not regard as a mitigating circumstance the fact that any such person has acted on the advice of lawyers, solicitors or counsel, and that, if the advice which they have received is wrong and they are in fact in breach of the injunction, the fact that they were wrongly advised that their attempt to evade the provisions of the act was lawful will not be regarded as a mitigating circumstance ...

While this statement does not, of course, mean that bona fide legal advice can never be a mitigating circumstance, it lends force to the view which we hold that reliance on legal advice certainly cannot be relied on, as a matter of course, as complete mitigation.

Supposing, then, that the respondents had acted throughout the period of the rate notification agreement in the reasonable, though mistaken, belief, because of the legal advice which they had received and the absence of changed advice, that no breach of their undertakings was involved, that fact would not amount to full mitigation of their contempt. It might be a mitigating factor, but no more than that.

We still have to consider, therefore, to what extent the respondents' reliance on the advice was reasonable throughout this period, as bearing on mitigation.

The next question then is, did the learned Trial Judge here consider the reliance by Cutter on the legal advice it received as a mitigating factor in the imposition of the \$100,000 fine which he levied on it? Before directing my inquiry to that question, I should point out that Mr. Justice Dubé dealt first with the defence that the act of the appellant was not contumacious as part of the issue of contempt *per se*. At pages 506-508 of his reasons he had the following to say:

The evidence is overwhelming. I am convinced beyond a reasonable doubt, firstly that the defendant knew of the existence of the prohibitions contained in the reasons for judgment of Gibson J., and, secondly, that the defendant contravened the prohibitions by failing to destroy the goods, or delivering up the goods to the plaintiff, and most specially by disposing of the goods by sale and otherwise during the relevant period. That ought to settle the issues referred to this Court by the Supreme Court of Canada. However, serious points of law were raised and they deserve consideration.

[TRADUCTION] Dans l'affaire *Re Agreement between Newspaper Proprietors' Association, Ltd., and National Federation of Retail Newsagents, Booksellers and Stationers* ([1961] 3 All E.R. 428, à la p. 445; (1961), L.R. 2 R.P. 453, aux p. 499 et 500), la Cour, dans un autre jugement prononcé par le juge DIPLOCK, est allée plus loin. Concernant les faits particuliers de cette affaire, la Cour a dit:

... l'objet visé étant évident, je tiens à ce qu'il soit parfaitement clair d'une part, que la Cour ne considérera pas comme une circonstance atténuante le fait pour l'une ou l'autre de ces personnes d'avoir agi en se fondant sur l'avis d'avocats, de *solicitors* ou de procureurs, et d'autre part, que dans l'éventualité où cet avis serait erroné et où il y aurait effectivement violation de l'injonction, le fait qu'on les ait rassurées sur la légalité de leur tentative de se soustraire à la Loi ne sera pas considéré comme une circonstance atténuante ...

Bien que cette déclaration ne signifie évidemment pas qu'un avis juridique donné de bonne foi ne puisse jamais constituer une circonstance atténuante, elle tend à renforcer notre opinion selon laquelle se fier à un tel avis n'a certainement pas pour effet, en soi, de retirer toute responsabilité.

En conséquence, même si les intimés avaient agi tout au long de la période visée par l'entente sur la notification de taux avec la croyance erronée mais raisonnable, fondée sur un avis juridique non modifié par la suite, que leurs engagements ne seraient point violés, cela ne suffirait pas à les dégager de toute responsabilité. Tout au plus pourrait-on parler de circonstances atténuantes.

En conséquence, il nous reste encore à examiner, au chef de l'atténuation, dans quelle mesure la croyance des intimés fondée sur cet avis était raisonnable tout au long de cette période.

Se pose donc à présent la question de savoir si le juge de première instance, lorsqu'il a imposé à Cutter l'amende de 100 000 \$ visée en l'espèce, a considéré le fait pour celle-ci de s'être fiée à l'opinion juridique de son avocat comme une circonstance atténuante. Je devrais, avant d'analyser cette question, souligner que c'est dans le cadre de son analyse relative à la question de l'outrage lui-même que le juge Dubé a tout d'abord traité du moyen de défense voulant que les actes posés par l'appelante ne soient pas assimilables à la désobéissance. Aux pages 506 à 508 de ses motifs, il a déclaré:

Les preuves sont accablantes. Je suis convaincu hors de tout doute raisonnable, d'une part que la défenderesse était au courant de l'existence des interdictions contenues dans les motifs du jugement du juge Gibson et, d'autre part, que la défenderesse a violé ces interdictions en omettant de détruire les biens ou de les remettre à la demanderesse, notamment en se débarrassant des biens par vente ou autre mode d'aliénation pendant la période considérée. Voilà qui tranche les questions que la Cour suprême du Canada a soumises à la présente Cour. Certaines questions de droit importantes ont toutefois été soulevées et elles méritent un examen attentif.

Borrie and Lowe's *Law of Contempt*, 2nd ed., considers the requirement for *mens rea* in chapter 13, titled *Civil Contempt*. The answer is clearly "that it is not necessary to show that the defendant is intentionally contumacious or that he intends to interfere with the administration of justice". The authors, at page 400, quote Sachs L.J. in *Knight v. Clifton* as follows:

... when an injunction prohibits an act, the prohibition is absolute and is not to be related to intent unless otherwise stated on the face of the order.

The authors quote Warrington J. in *Stancomb v. Trowbridge Urban Council* who said that if a person "in fact does the act, and it is no answer to say that the act was not contumacious" In *Re Agreement of Mileage*, contempt was held to have been established even though the acts were done "reasonably and despite all due care and attention, in the belief based on legal advice, that they were not breaches."

Finally, the mandate of the Supreme Court of Canada to this Court is crystal clear: two matters only are to be established: firstly, was there a knowledge of Gibson J.'s reasons for judgment and, secondly, was there a contravention of that judgment. Neither the good faith of the defendant nor its error in law are factors to be considered. The Supreme Court, of course, was fully aware of the defendant's legal position on contraventions of Gibson J.'s reasons for judgment and yet did not include that factor in its directions to this Court.

It is clear from the foregoing that the Trial Judge was well aware of the unavailability of the defence of lack of contumacity in respect of the contempt *per se*. However, it may be that he did not consider that non-contumacious conduct can be a mitigating factor on the question of penalty. The passage from his reasons which I quoted earlier appears to support this view. For ease of reference I repeat it hereunder.

Under the circumstances of this case, I do not believe it would be fitting to apply the full rigours of the law and to impose imprisonment. However, there has been, in my view, interference with the orderly administration of justice and an impairment of the order or dignity of the Court. There is obviously considerable public interest in maintaining the authority of justice in this country, so the penalty must be severe enough to suit the gravity of the contraventions.

The defendant has failed to deliver up to the plaintiffs, or to destroy, infringing goods of the value of about \$1 million. A fine of ten per cent of that amount would appear to me to be

Dans leur ouvrage intitulé *Law of Contempt*, 2^e éd., Borrie et Lowe examinent les éléments constitutifs de la *mens rea* au chapitre 13, intitulé *Civil Contempt*. La réponse est on ne peut plus claire: [TRADUCTION] «il n'est pas nécessaire de démontrer que le défendeur est sciemment récalcitrant ou qu'il a l'intention de gêner l'administration de la justice». Les auteurs citent, à la page 400, le lord juge Sachs qui déclarait dans l'arrêt *Knight v. Clifton*:

[TRADUCTION] . . . lorsqu'une injonction interdit de faire quelque chose, l'interdiction est absolue et ne doit pas être rattachée à l'intention sauf si l'ordonnance déclare expressément le contraire.

Les auteurs citent le juge Warrington qui a déclaré dans *Stancomb v. Trowbridge Urban Council* que si une personne [TRADUCTION] «a effectivement commis l'acte, il est inutile de dire qu'elle l'a fait sans intention de désobéir aux ordres de la Cour. . . » Dans la décision *Re Agreement of Mileage*, la Cour a conclu qu'on avait démontré l'existence de l'outrage et ce, même si les actes avaient été posés [TRADUCTION] «de manière raisonnable et malgré tous les soins et l'attention nécessaires, sur la conviction, fondée sur une consultation juridique, qu'ils ne constituaient pas une contravention.»

Enfinement, le mandat donné par la Cour suprême du Canada à la présente Cour est tout à fait clair. Deux faits seulement doivent être établis: premièrement, la défenderesse connaissait-elle les motifs du jugement du juge Gibson et deuxièmement, il y a-t-il eu désobéissance à ce jugement? Ni la bonne foi de la défenderesse ni sa mauvaise interprétation du droit ne doivent être pris en compte. La Cour suprême était manifestement bien au courant de l'interprétation juridique donnée par la défenderesse à la désobéissance aux motifs du jugement du juge Gibson. Malgré cela, elle n'a pas tenu compte de ces éléments dans ses directives à la présente Cour.

Il ressort clairement des extraits qui précèdent que le juge de première instance savait très bien que l'absence de désobéissance ne constituait pas un moyen de défense opposable à l'accusation d'outrage elle-même. Toutefois, il est possible qu'il n'ait pas tenu compte du fait que l'absence de désobéissance peut constituer un facteur d'atténuation en ce qui a trait à la question de la peine. Un extrait de ses motifs cité précédemment semble appuyer ce point de vue. Pour faciliter son examen, je le cite à nouveau:

Vu les circonstances de l'espèce, je ne crois pas qu'il convienne d'appliquer la loi dans toute sa rigueur et de condamner à l'emprisonnement. Il n'en reste pas moins qu'il y a eu à mon avis entrave à la bonne administration de la justice et atteinte à l'autorité et à la dignité de la Cour. L'intérêt public commande manifestement de sauvegarder l'autorité de la justice, de sorte que le châtement doit être suffisamment sévère pour correspondre à la gravité de l'infraction.

La défenderesse a omis de remettre aux demandereses ou de détruire les biens contrefaits qui sont évalués à environ 1 million de dollars. Une amende s'élevant à 10 pour cent de cette

appropriate to indicate the severity of the law and yet sufficiently moderate to show the temperance of justice.

Clearly, the sentence of imprisonment was not available in this case since the appellant, as a corporation, could not be imprisoned. As to the rest of the first sentence, obviously one of "the circumstances of this case" was the undisputed evidence of reliance on the opinion of Cutter's solicitor for the actions they took during the period December 11 to December 18, 1980. The question then is, was this mitigating factor taken into account in the imposition of the penalty? I think that it is doubtful because the clear finding that non-contumacious conduct is not a defence to a finding of contempt *per se* contrasts sharply with any recognition that it can be a mitigating factor in the determination of the penalty to be imposed. That he did not appreciate the differences between the two aspects of the defence seems to me to be clear from what he understood to be the mandate of the Supreme Court of Canada as disclosed in the above quotation. Undoubtedly, that Court, in referring the matter back, had in mind only the issue of the existence or non-existence of contempt and not the issue of the penalty to be imposed in the Trial Division if it found the appellant to be in contempt.

To what extent then should the mitigating factor have influenced the quantum of the penalty imposed? I cannot, of course, know to what extent, if any, the Trial Judge would have taken it into account had he recognized that it was a proper consideration. However, this Court is entitled to do what he ought to have done. Therefore, applying my best judgment to that fact and to the other circumstances of the case, I am of the view that justice would be served if the judgment in issue were to be varied by reducing the penalty to \$50,000 because of the appellant's reliance on the faulty legal advice, as a mitigating factor. To reduce it further or to levy only a token fine would, in my view, be inconsistent with the gravity of the contraventions and might serve to encourage

somme m'apparaît assez élevée pour rendre compte de la sévérité de la loi et suffisamment modérée pour démontrer la clémence de la justice.

L'appelante étant une société, il est clair que la peine de l'emprisonnement ne pouvait être imposée en l'espèce. En ce qui regarde l'autre membre de la première phrase, il est évident que constituait une des «circonstances de l'espèce» la preuve non contestée du fait que Cutter s'était fondée sur l'opinion de son avocat lorsqu'elle avait pris, au cours de la période s'étendant du 11 au 18 décembre 1980, les mesures reprochées. La question devient donc celle de savoir si le juge a tenu compte de ce facteur d'atténuation lors de l'imposition de la peine. L'on peut, selon moi, en douter, puisque la conclusion catégorique que l'absence de la volonté de désobéir ne constitue pas, par elle-même, une défense opposable à la conclusion qu'un outrage a été commis laisse peu d'espoir que cette circonstance puisse être considérée comme un facteur d'abaissement de la peine. Il m'apparaît clair que le juge de première instance n'a pas distingué ces deux aspects du moyen de défense opposé, si l'on en juge par les extraits de la citation précédente qui font état de sa compréhension du mandat confié à la Division de première instance par la Cour suprême du Canada. Il ne fait aucun doute que la Cour suprême, en renvoyant la question devant la Division de première instance, n'avait à l'esprit que la question de l'existence ou de la non-existence de l'outrage au tribunal et non la question de la pénalité que devrait imposer la Division de première instance pour outrage au tribunal, le cas échéant.

Donc, jusqu'à quel point ce facteur d'atténuation de la peine aurait-il dû influencer sur le montant de l'amende imposée? Il est évident que je ne puis savoir si le juge de première instance en aurait tenu compte ou jusqu'à quel point il en aurait tenu compte eût-il admis cette considération. Toutefois, cette Cour a le droit de rendre la décision qui s'imposait. En conséquence, appréciant au meilleur de ma connaissance ce fait ainsi que les autres circonstances de cette espèce, je suis d'avis que si nous considérons le fait pour l'appelante de s'être fiée à une opinion juridique erronée comme un facteur d'atténuation, justice serait faite en réduisant à 50 000 \$ le montant de l'amende imposée. J'estime qu'une réduction plus poussée de ce montant ou l'imposition d'une amende symbolique

others to flout the law if it is to their financial advantage to do so. In all other respects I would affirm the judgment of the Trial Division.

The parties have agreed that there will be no costs of the appeal.

STONE J.: I agree.

MACGUIGAN J.: I agree.

serait incompatible avec la gravité des infractions reprochées et risquerait d'encourager d'autres personnes à se moquer de la loi s'il y va de leur intérêt pécuniaire. Je maintiendrais le jugement de la
a Division de première instance à tous autres égards.

Les parties ont convenu qu'aucuns dépens ne seraient adjugés relativement au présent appel.

LE JUGE STONE: Je souscris à ces motifs.

b LE JUGE MACGUIGAN: Je souscris à ces motifs.