

T-2408-91

Merck & Co., Inc. and Merck Frosst Canada Inc.
(*Plaintiffs*)

v.

Apotex Inc. (*Defendant*)

INDEXED AS: MERCK & CO., INC. v. APOTEX INC. (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Toronto, February 23, 24, 25, 26; Ottawa, April 6, 1998.

Evidence—Motion to admit as evidence in Federal Court show cause proceedings true copies of documents filed in judicial review application in Ontario Court — Plaintiffs intending to use documents as evidence of assertions contained therein — Relying on Canada Evidence Act ss. 23, 24, 30 (CEA) — Evidence of assertions made in affidavits or cross-examination in Ontario Court proceedings precluded from admission by hearsay rule, unless within exception to rule — CEA facilitating admission of documentary evidence meeting requirements for admission under some exception to hearsay rule — Not providing exceptions, except to extent permitting admission without formal proof of authenticity of documents otherwise required at common law — Ontario Court records not questioned as to authenticity but said to be hearsay and irrelevant — CEA not providing evidence admissible regardless of relevance — Plaintiffs not establishing relevance of evidence in Ontario Court proceedings — Testimony from prior judicial proceedings admissible in later proceedings involving same parties, issues — Ontario Court proceedings involving different issues, parties — Contempt show cause proceedings quasi-criminal — Charter, ss. 11, 13, protecting against self-incrimination, applied — Affidavits admissible to question credibility if CEO testifying, but CEO not compellable in light of s. 11(c) — Affidavits in Ontario Court proceeding of witness already testifying herein, inadmissible as would constitute unfair process i.e. other parties deprived of opportunity to cross-examine on matters dealt with therein.

T-2408-91

Merck & Co., Inc. et Merck Frosst Canada Inc.
(*demandereses*)

c.

Apotex Inc. (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: MERCK & CO., INC. c. APOTEX INC. (1^{RE} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 23, 24, 25, 26 février; Ottawa, 6 avril 1998.

Preuve — Requête en vue de faire admettre en preuve dans le cadre de l'instance de justification devant la Cour fédérale des copies certifiées conformes de documents versés au dossier d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour de l'Ontario — Les demandereses souhaitent utiliser ces documents pour établir les assertions qui y sont formulées — Elles invoquent les art. 23, 24 et 30 de la Loi sur la preuve au Canada (Loi) — Les éléments de preuve concernant des assertions faites dans des affidavits, ou lors du contre-interrogatoire portant sur ceux-ci, dans le cadre de l'instance en Cour de l'Ontario sont inadmissibles à moins d'être visés par une exception à la règle interdisant le oui-dire — La Loi facilite l'admission de preuves documentaires qui satisfont aux exigences relatives à l'admissibilité grâce à une exception quelconque à la règle interdisant le oui-dire — Elle ne prévoit pas d'exceptions, sauf dans la mesure où elle autorise l'admission sans la preuve formelle qui serait autrement requise en common law pour établir l'authenticité des documents — L'authenticité des pièces de la Cour de l'Ontario n'est pas mise en doute, mais ces pièces sont jugées constituer du oui-dire et sans pertinence — La Loi ne dit pas que la preuve est admissible peu importe sa pertinence — Les demandereses n'ont pas établi que la preuve présentée dans le cadre de l'instance devant la Cour de l'Ontario était pertinente — Le témoignage rendu lors d'une instance judiciaire antérieure est admissible dans une instance postérieure si les parties et les questions sont les mêmes — L'instance devant la Cour de l'Ontario soulevait des questions différentes et opposait des parties différentes — Une instance dans laquelle une personne doit expliquer pourquoi elle ne devrait pas être déclarée coupable d'outrage au tribunal est une instance de nature quasi criminelle — Les art. 11 et 13 de la Charte, offrant une protection contre le témoignage incriminant, sont appliqués — S'agissant d'attaquer la crédibilité du P.D.G., ses affidavits sont admissibles s'il doit témoigner, mais il n'est pas un témoin contraignable compte tenu de l'art. 11(c) — Les affidavits, déposés devant la Cour de l'Ontario, d'une personne qui a déjà comparu en qualité de témoin dans la présente instance ne sont pas admissibles car le processus ne serait pas équitable, c'est-à-dire qu'il priverait effectivement les autres parties de l'occasion de

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Motion to admit as evidence in Federal Court show cause proceedings true copies of documents in judicial review application in Ontario Court — Plaintiffs intending to use such evidence, particularly affidavits, cross-examination thereon, as part of evidence in chief — Charter, ss. 11(c), 13 protecting against self-incrimination, applied — Contempt show cause proceeding quasi-criminal as fine, imprisonment could be imposed — Affidavits, cross-examination thereon admissible to question credibility if defendant's CEO choosing to testify, but not compellable in light of s. 11(c) — S. 13 precluding admission of prior testimony as evidence in later proceedings, limited by case law to oral testimony, excluding from scope, documents or real evidence from prior proceedings — But where affidavits, cross-examination from prior judicial review application that of person subsequently ordered in other proceedings to show cause why should not be found in contempt, and that person not testifying in later proceedings, affidavit, cross-examination thereon, within meaning of "testimony" within s. 13, inadmissible.

At the conclusion of the plaintiffs' case in this proceeding to show cause why the defendant and its CEO should not be found in contempt of court, the plaintiffs moved to introduce documents from a judicial review application in the Ontario Court. The plaintiffs relied upon *Canada Evidence Act*, sections 23, 24 and 30, which provide for the admission of business and judicial records and public documents without formal proof of each document's authenticity or of the covering certification. The plaintiffs intended to use such evidence, particularly the affidavits and cross-examination thereon of Dr. Sherman, the CEO of Apotex, Ms. Firestone, a witness called by the plaintiffs to testify herein, and Ms. Moff's, as evidence of the assertions then made.

contre-interroger cette dernière sur des points abordés dans ses affidavits.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Requête en vue de faire admettre en preuve dans le cadre de l'instance de justification devant la Cour fédérale des copies certifiées conformes de documents versés au dossier d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour de l'Ontario — Les demanderesse souhaitent utiliser ces éléments de preuve, en particulier des affidavits, de même que le contre-interrogatoire portant sur ceux-ci, dans le cadre de leur preuve principale — Les art. 11c) et 13 de la Charte, offrant une protection contre le témoignage incriminant, sont appliqués — Une instance dans laquelle une personne doit expliquer pourquoi elle ne devrait pas être déclarée coupable d'outrage au tribunal est une instance de nature quasi criminelle, car des amendes et une peine d'emprisonnement pourraient être infligées — S'agissant d'attaquer la crédibilité du P.D.G. de la défenderesse, les affidavits de ce dernier et le contre-interrogatoire portant sur ceux-ci sont admissibles, s'il choisit de déposer, mais il n'est pas un témoin contraignable compte tenu de l'art. 11c) — La jurisprudence restreint aux témoignages rendus de vive voix l'application de l'art. 13 de la Charte interdisant l'admission des témoignages donnés antérieurement à titre de preuve dans une autre instance — Les documents ou les éléments matériels mis en preuve dans une instance antérieure ne sont donc pas visés par cette disposition — Lorsque les affidavits déposés lors de l'instance en contrôle judiciaire antérieure et tout contre-interrogatoire portant sur ceux-ci sont ceux d'une personne subseqüemment visée par une ordonnance prononcée dans le cadre d'une autre instance lui enjoignant d'expliquer pourquoi elle ne devrait pas être déclarée coupable d'outrage au tribunal, et que cette personne n'a pas témoigné dans l'instance ultérieure, les affidavits et le contre-interrogatoire constituent un «témoignage» au sens où ce terme est employé à l'art. 13 et ne sont pas admissibles.

Au moment de clore leur preuve dans la présente instance où il est enjoint à la défenderesse et à son P.D.G. d'expliquer pourquoi ils ne devraient pas être condamnés pour outrage au tribunal, les demanderesse ont présenté une requête visant à déposer en preuve des documents produits dans une demande de contrôle judiciaire en Cour de l'Ontario. Les demanderesse ont invoqué les articles 23, 24 et 30 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui prévoient l'admissibilité de documents commerciaux, de procédures judiciaires et de documents publics sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de chaque document ni l'attestation dont il fait l'objet. Les demanderesse entendaient utiliser ces éléments de preuve, en particulier les affidavits de M. Sherman, P.D.G. d'Apotex, de M^{me} Firestone, qu'elles ont assignée à comparaître pour témoigner en l'espèce et de M^{me} Moff's, ainsi que les contre-interrogatoires portant sur ces affidavits, dans le cadre de leur preuve principale, pour prouver les allégations qui y ont été faites.

The issues were: (1) whether the evidence sought to be adduced was hearsay, and if so, whether it was exempt from the hearsay rule; (2) whether the evidence was admissible under *Canada Evidence Act*, sections 28 and 30; (3) whether the affidavits and transcripts of cross-examination thereon were otherwise admissible; and (4) whether other documents from the record of the Ontario Court proceedings were admissible.

Held, the motion should be dismissed.

The evidence the plaintiffs sought to introduce was precluded from admission by the hearsay rule unless admissible by some exception thereto.

The provisions of the *Canada Evidence Act* relied upon by the plaintiffs did not establish the necessary basis for admission of any of the documents as evidence of the assertions contained therein. They merely facilitate admission of documentary evidence which meets the requirements for admission under some exception to the hearsay rule, but do not themselves provide the exceptions, except to the extent that they permit admission without formal proof that would otherwise be required at common law of the authenticity of the documents in question. Moreover, they do not provide that evidence in the forms described is admissible regardless of its relevance. The notice served pursuant to section 30 did not lead to admissibility of any of the documents. The Ontario Court records are not here questioned as to their authenticity, but are said to be hearsay and irrelevant. The plaintiffs did not establish the relevance of evidence offered in the Ontario Court proceedings to this show cause proceeding. Testimony from prior judicial proceedings is admissible in a later proceeding, as an exception to the hearsay rule when the proceedings involve the same parties and essentially the same issues. The Ontario Court proceeding was an application for judicial review which raised different issues from those before this Court. Moreover, the plaintiffs herein were not involved in the application in the Ontario Court. Sections 23 and 24 do not facilitate admission of documents which are not established as relevant to the issues of whether the defendant or its CEO engaged in activities that demonstrated contempt for the Court's authority or orders.

The documents were inadmissible for other reasons as well. Show cause proceedings are quasi-criminal in nature. Charter, sections 11 and 13 (which protect against self-incrimination) applied. The prior affidavits and cross-examination of Dr. Sherman could be used to question his credibility if he were to testify, but he was not a compellable witness in light of Charter, paragraph 11(c).

Sont en litige les questions suivantes: (1) les éléments de preuve qu'on tente de produire constituent-ils du ouï-dire et, dans l'affirmative, sont-ils visés par la règle interdisant le ouï-dire? (2) les éléments de preuve sont-ils admissibles en vertu des articles 28 et 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*? (3) les affidavits et les transcriptions du contre-interrogatoire portant sur ceux-ci sont-ils autrement admissibles? (4) est-ce que d'autres documents versés au dossier de la Cour de l'Ontario sont admissibles?

Jugement: la requête doit être rejetée.

Les éléments de preuve que les demanderss cherchaient à introduire ne pouvaient être admis à moins de faire l'objet d'une exception à la règle interdisant le ouï-dire.

Les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*, sur lesquelles les demanderss se sont appuyées, ne permettent pas d'étayer l'admissibilité de l'un ou l'autre des documents pour prouver des assertions que ceux-ci pouvaient renfermer. Elles facilitent seulement l'admission de preuves documentaires qui satisfont aux exigences relatives à l'admissibilité grâce à une exception quelconque à la règle interdisant le ouï-dire. Elles ne prévoient pas d'exception, sauf dans la mesure où elles autorisent l'admission sans la preuve formelle qui serait autrement requise en common law pour établir l'authenticité des documents en question. Par ailleurs, elles ne portent aucunement que la preuve présentée dans les formes prescrites est admissible peu importe sa pertinence. L'avis donné en application de l'article 30 n'a pas pour effet de rendre les documents en question admissibles. L'authenticité des pièces de la Cour de l'Ontario n'est pas mise en doute, mais elles sont jugées constituer du ouï-dire et n'avoir aucune pertinence. Les demanderss n'ont pas établi que la preuve présentée dans le cadre de l'instance devant la Cour de l'Ontario était pertinente dans la présente instance de justification. Le témoignage rendu lors d'une instance judiciaire antérieure est admissible dans une instance postérieure en vertu d'une exception à la règle interdisant le ouï-dire, si les instances visent les mêmes parties et essentiellement les mêmes questions. L'instance devant la Cour de l'Ontario portait sur une demande de contrôle judiciaire soulevant des questions différentes de celles soumises à la présente Cour. De plus, les demanderss n'étaient pas visées par la demande déposée auprès de la Cour de l'Ontario. Les articles 23 et 24 n'ont pas pour effet de faciliter l'admissibilité de documents dont la pertinence n'a pas été établie au regard de la question de savoir si la défenderesse ou son P.D.G. se sont livrés à des activités montrant qu'il y a eu outrage envers l'autorité de la Cour ou les ordonnances rendues par cette dernière.

Les documents étaient aussi inadmissibles pour d'autres motifs. Une instance dans laquelle une personne est tenue d'expliquer pourquoi elle ne devrait pas être condamnée pour outrage au tribunal est de nature quasi criminelle. Les articles 11 et 13 de la Charte, qui offrent une protection contre le témoignage incriminant, reçoivent application. Les affidavits et le contre-interrogatoire de M. Sherman déposés

Case law appears to limit the application of Charter, section 13 (which precludes the admission of prior testimony as evidence in later proceedings) to oral testimony, excluding from its scope documents or real evidence from prior proceedings. Where, however, the affidavit and cross-examination thereon filed in a prior judicial review proceeding is that of a person subsequently ordered in other proceedings to show cause why he should not be found in contempt, and that person has not testified in the later proceedings, the affidavit from prior judicial review proceedings and any cross-examination thereon, falls within the meaning of "testimony" within Charter, section 13. It may not be adduced by the opposing party whose reliance upon it would constitute incriminating use within section 13. In any case, the Court would not exercise its discretion to admit Dr. Sherman's affidavits because to do so would breach its responsibility to ensure recognition of his right, pursuant to Charter paragraph 11(c) not to be compelled to be a witness against himself in this quasi-criminal proceeding.

The affidavits of Ms. Firestone were not admissible because she had already appeared as a witness in these proceedings, and had been examined and cross-examined. She might have been examined in regard to any matter relevant to this proceeding that is dealt with in her affidavits in the Ontario Court proceeding and that would have provided opportunity for cross-examination by Apotex and by Dr. Sherman. But to now admit her affidavits would effectively deprive Apotex of the opportunity to cross-examine her on matters dealt with in her affidavits that the plaintiffs would rely upon as evidence. That would not qualify as fair process.

The affidavit and cross-examination of Ms. Moff's was inadmissible. Her evidence in the Ontario Court proceeding where issues were different was hearsay and no basis for treating it as an exception to the rule excluding hearsay was made out, nor was any basis established for considering it relevant if it were otherwise admissible.

As the plaintiffs did not establish the relevance of any of the other documents submitted for admission as evidence, they were also inadmissible.

dans une instance antérieure peuvent être produits en preuve pour attaquer sa crédibilité si ce dernier doit témoigner, mais il n'est pas un témoin contraignable compte tenu de l'alinéa 11c) de la Charte.

La jurisprudence paraît restreindre aux témoignages rendus de vive voix l'application de l'article 13 de la Charte (voulant que les témoignages donnés antérieurement soient inadmissibles à titre de preuve dans une autre instance). Les documents ou les éléments matériels mis en preuve dans une instance antérieure ne sont donc pas visés par cette disposition. Toutefois, lorsque l'affidavit et tout contre-interrogatoire portant sur celui-ci déposés lors de l'instance en contrôle judiciaire antérieure sont ceux d'une personne subséquemment visée par une ordonnance prononcée dans le cadre d'une autre instance lui enjoignant d'expliquer pourquoi elle ne devrait pas être déclarée coupable d'outrage au tribunal, et que cette personne n'a pas témoigné dans l'instance ultérieure, l'affidavit déposé lors de l'instance en contrôle judiciaire et tout contre-interrogatoire portant sur celui-ci constituent un «témoignage» au sens où ce terme est employé à l'article 13 de la Charte. Il ne peut être présenté en preuve par la partie adverse qui, si elle s'appuyait sur ce document, en ferait un usage incriminant au sens de l'article 13. De toute façon, la Cour refuserait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que les affidavits de M. Sherman soient admis car elle manquerait à l'obligation qui lui incombe de veiller à la protection du droit que lui confère l'alinéa 11c) de la Charte, savoir le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans la présente instance quasi criminelle.

Les affidavits de M^{me} Firestone ne sont pas admissibles, parce qu'elle a déjà comparu en qualité de témoin dans la présente instance, et a été interrogée et contre-interrogée. Elle aurait pu être interrogée relativement à toute question pertinente en l'espèce traitée dans ses affidavits déposés dans le cadre de l'instance devant la Cour de l'Ontario, ce qui aurait donné l'occasion à Apotex et à M. Sherman de la contre-interroger. Si ses affidavits étaient maintenant admis en preuve, cela priverait effectivement Apotex de l'occasion de contre-interroger cette dernière sur des points abordés dans ses affidavits, affidavits que les demanderesse pourraient dorénavant invoquer à titre de preuve. On ne saurait qualifier ce processus d'équitable.

L'affidavit et le contre-interrogatoire de M^{me} Moff's ne peuvent être admis en l'espèce. Son témoignage devant la Cour de l'Ontario où les questions en litige étaient différentes constitue du oui-dire. Aucun motif donnant à conclure que ce témoignage fait l'objet d'une exception à la règle interdisant le oui-dire ni aucun fondement permettant de considérer que cet élément de preuve serait pertinent s'il était autrement admissible n'ont été établis.

Les demanderesse n'ayant pas démontré la pertinence de l'un ou l'autre des autres documents qu'elles ont tenté de produire en preuve, ils sont aussi inadmissibles.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 23 (as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 117), 24, 28, 30 (as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 91).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 11, 13.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 17.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Kuldip, [1990] 3 S.C.R. 618; (1990), 61 C.C.C. (3d) 385; 1 C.R. (4th) 285; 1 C.R.R. (2d) 110; 114 N.R. 284; 43 O.A.C. 340.

CONSIDERED:

Dubois v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 103; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161.

REFERRED:

Merck & Co. v. Apotex Inc. (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

MOTION to admit as evidence documents from a judicial review application in the Ontario Court as evidence of the assertions contained therein in this Federal Court proceeding to show cause why the defendant and its CEO should not be found in contempt of court. Motion dismissed.

COUNSEL:

Charles E. Beall and *Emmanuel Manolakis* for plaintiffs.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 11, 13.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 23 (mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 117), 24, 28, 30 (mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 91).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. Kuldip, [1990] 3 R.C.S. 618; (1990), 61 C.C.C. (3d) 385; 1 C.R. (4th) 285; 1 C.R.R. (2d) 110; 114 N.R. 284; 43 O.A.C. 340.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Dubois c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 103; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161.

DÉCISION CITÉE:

Merck & Co. c. Apotex Inc. (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

REQUÊTE en vue de faire admettre en preuve dans la présente instance, où il est enjoint à la défenderesse et à son P.D.G. d'expliquer pourquoi ils ne devraient pas être condamnés pour outrage au tribunal, des documents déposés dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour de l'Ontario, pour établir des assertions formulées dans ces documents. Requête rejetée.

AVOCATS:

Charles E. Beall et *Emmanuel Manolakis* pour les demandereses.

Harry B. Radomski and David M. Scrimger for defendant.

Brian H. Greenspan for Dr. Bernard Sherman.

Harry B. Radomski et David M. Scrimger pour la défenderesse.

Brian H. Greenspan pour M. Bernard Sherman.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for plaintiffs.

Goodman Phillips & Vineberg, Toronto, for defendant.

Greenspan, Humphrey, Toronto, for Dr. Bernard Sherman.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les demanderessees.

Goodman Phillips & Vineberg, Toronto, pour la défenderesse.

Greenspan, Humphrey, Toronto, pour M. Bernard Sherman.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] MACKAY J.: This is a proceeding pursuant to an order that the defendant Apotex Inc. (Apotex) and Dr. Bernard Sherman, Chairman and at the relevant times Chief Executive Officer of Apotex, show cause why it and he should not be found in contempt of court as a result of its and his activities following filing of reasons for judgment [(1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.)] on December 14, 1994, allowing the plaintiffs' action for infringement of its patent for its enalapril maleate prescription drug, marketed under the trade name Vasotec.

[1] LE JUGE MACKAY: La présente instance fait suite à une ordonnance enjoignant à la défenderesse Apotex Inc. (Apotex) et à Bernard Sherman, président et, à tous les moments pertinents, directeur général d'Apotex, d'expliquer pourquoi ils ne devraient pas être condamnés pour outrage au tribunal en raison des activités auxquelles ils se sont livrés après le dépôt, en date du 14 décembre 1994, des motifs du jugement [(1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1^{re} inst.)] accueillant l'action intentée par les demanderessees pour contrefaçon de son brevet relatif au médicament maléate d'énalapril qui est délivré sur ordonnance et commercialisé sous le nom de Vasotec.

[2] After calling witnesses to testify as to activities of the defendant Apotex and Dr. Sherman, at the conclusion of the plaintiffs' case, counsel for the plaintiffs "Merck" moved to submit documents from another proceeding as evidence in this matter. This followed upon plaintiffs' notices dated July 11, 1997 and served on the defendant Apotex and on Dr. Sherman in advance of commencement of this proceeding. Two notices were then served, both regarding the same specified list of documents. The first notice, said to be pursuant to section 30 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 [as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 91], advised that the plaintiffs may tender in evidence the documents which were made in the usual and ordinary course of business by the Ontario Court of Justice General Division. The second notice, said to be pursuant to "subsection [sic] 28 of the *Canada Evidence Act*" advised that the "Plaintiffs

[2] Après avoir assigné des personnes à comparaître pour témoigner quant aux activités de la défenderesse Apotex et de M. Sherman, l'avocat des demanderessees «Merck», au moment de clore sa preuve, a présenté une requête visant à déposer en preuve dans la présente affaire des documents produits dans une autre instance judiciaire. Cette requête fait suite aux avis datés du 11 juillet 1997 que les demanderessees ont donnés et signifiés à la défenderesse et à M. Sherman avant l'introduction de la présente instance. On a alors signifié deux avis portant sur la même liste de documents. Selon le premier avis, qu'on dit avoir été donné conformément à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 [mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 91], les demanderessees pourraient déposer en preuve les documents qui ont été établis dans le cours normal des affaires de la Division générale de la Cour de justice de l'Ontario. Le second

are hereby providing notice of their intention to produce copies of . . . documents in evidence at the hearing of this matter". Further, that notice provides that "pursuant to Sections 23 and 24 of the Canada Evidence Act . . . the Plaintiffs may tender . . . the following certified copies of records or proceedings before the Ontario Court of Justice (General Division), Divisional Court".

[3] The same documents are specified in both notices. In the first notice specified above each document is described as a certified copy, while in the second notice the documents are listed and the list as a whole is described as constituted of certified copies. The list from the second notice is as follows, i.e., certified copies of:

1. Application for Judicial Review, filed by Apotex Inc., January 31, 1995;
2. Affidavit of Bernard Sherman, with Exhibits, affirmed January 31, 1995, Court File 58/95;
3. Supplemental Affidavit of Bernard Sherman, with Exhibits, affirmed February 1, 1995, Court File 58/95;
4. Affidavit of Theresa Sheila Firestone, with Exhibits, sworn February 1, 1995, Court File 58/95;
5. Affidavit of Shirley Moffts, with Exhibits, sworn February 1, 1995, Court File 58/95;
6. Affidavit of Bernard Sherman, with Exhibits, affirmed February 10, 1995, Court File 58/95;
7. Affidavit of Theresa Sheila Firestone, with Exhibits, sworn February 15, 1995, Court File 58/95; and
8. Transcript of the Cross-examination of Bernard Sherman held February 16, 1995, Application Record, Volume IV, Tab 9, Court No. 58/95.

[4] At the hearing of this matter, at conclusion of testimony by witnesses called by the plaintiffs, the documents sought to be introduced by counsel were in

avis, qu'on dit avoir été donné [TRADUCTION] «conformément au paragraphe [sic] 28 de la *Loi sur la preuve au Canada*», contient ceci: [TRADUCTION] «Les demanderesse donnent par la présente avis de leur intention de produire des copies de . . . documents mis en preuve lors de l'audition de la présente affaire». En outre, cet avis précise que [TRADUCTION] «conformément aux articles 23 et 24 de la *Loi sur la preuve au Canada* . . . les demanderesse peuvent présenter . . . les copies certifiées conformes suivantes d'une pièce ou d'une procédure versée au dossier de la Cour de l'Ontario (Division générale), Cour divisionnaire».

[3] Les mêmes documents figurent dans les deux avis. Dans le premier avis susmentionné, chaque document est décrit comme une copie certifiée conforme, tandis que le second avis comporte une liste de documents qui est décrite globalement comme étant constituée de copies certifiées. La liste figurant dans le second avis est ainsi dressée, c'est-à-dire qu'elle se compose des copies certifiées conformes des documents suivants:

[TRADUCTION]

1. Demande de contrôle judiciaire, déposée par Apotex Inc., 31 janvier 1995;
2. Affidavit de Bernard Sherman, avec pièces, signé le 31 janvier 1995, dossier de la Cour n° 58/95;
3. Affidavit supplémentaire de Bernard Sherman, avec pièces, signé le 1^{er} février 1995, dossier de la Cour n° 58/95;
4. Affidavit de Theresa Sheila Firestone, avec pièces, signé le 1^{er} février 1995, dossier de la Cour n° 58/95;
5. Affidavit de Shirley Moffts, avec pièces, signé le 1^{er} février 1995, dossier de la Cour n° 58/95;
6. Affidavit de Bernard Sherman, avec pièces, signé le 10 février 1995, dossier de la Cour n° 58/95;
7. Affidavit de Theresa Sheila Firestone, avec pièces, signé le 15 février 1995, dossier de la Cour n° 58/95;
8. Transcription du contre-interrogatoire de Bernard Sherman tenu le 16 février 1995, dossier de la demande, volume IV, onglet 9, dossier de la Cour n° 58/95.

[4] Lors de l'audition de la présente affaire, après que les témoignages des personnes assignées par les demanderesse eurent pris fin, les documents que

two bundles, here described as they were at the hearing as bundles X and Y, which included, respectively:

in bundle X, certified as true copies of documents from the Divisional Court file 58/95—“AFFIDAVITS OF THERESA SHEILA FIRESTONE dated February 1, 1995 and February 15, 1995”; and

in bundle Y, certified as true copies of documents from the Divisional Court file 58/95—“NOTICE OF APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW, AMENDED NOTICE OF APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW, AFFIDAVITS OF BERNARD SHERMAN dated January 31, 1995 and February 10, 1995, AFFIDAVIT OF SHIRLEY MOFFS dated February 1, 1995 AS WELL AS TRANSCRIPTS OF THE CROSS-EXAMINATION OF SHIRLEY MOFFS and APPLICATION RECORD, Vol. II and Vol. IV”.

[5] The plaintiffs’ motion that these documents be accepted as evidence in this proceeding raises the following issues:

(i) whether the evidence sought to be adduced is exempt from the hearsay rule;

(ii) whether the evidence here is admissible under the provisions of the *Canada Evidence Act* relied upon by plaintiffs;

(iii) whether the affidavits and transcripts of cross-examination upon them are otherwise admissible in the cases, respectively, of Dr. Sherman, Ms. Firestone, and Ms. Moffis;

(iv) whether other documents from the record of the Ontario Court proceedings are admissible.

l’avocat a tenté d’introduire en preuve étaient présentés en deux liasses, décrites ici comme elles l’ont été à l’audience, soit les liasses X et Y, qui comprennent respectivement:

dans la liasse X, des copies certifiées conformes de documents versés au dossier de la Cour divisionnaire n° 58/95—«AFFIDAVITS DE THERESA SHEILA FIRESTONE datés du 1^{er} février 1995 et du 15 février 1995»;

dans la liasse Y, des copies certifiées conformes de documents versés au dossier de la Cour divisionnaire n° 58/95—«AVIS DE DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE, AVIS MODIFIÉ DE DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE, AFFIDAVITS DE BERNARD SHERMAN datés du 31 janvier 1995 et du 10 février 1995, AFFIDAVIT DE SHIRLEY MOFFS daté du 1^{er} février 1995 AINSI QUE LES TRANSCRIPTIONS DU CONTRE-INTERROGATOIRE DE SHIRLEY MOFFS et DOSSIER DE LA DEMANDE, vol. II et vol. IV».

[5] La requête présentée par les demanderesse afin que ces documents soient acceptés en preuve dans la présente instance soulève les questions suivantes:

i) Les éléments de preuve qu’on tente de produire en l’espèce sont-ils visés par la règle interdisant le ouï-dire?

ii) Les éléments de preuve présentés en l’instance sont-ils admissibles en vertu des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* invoquées par les demanderesse?

iii) Les affidavits et les transcriptions du contre-interrogatoire portant sur ceux-ci sont-ils autrement admissibles en ce qui concerne M. Sherman, M^{me} Firestone et M^{me} Moffis respectivement?

iv) Est-ce que d’autres documents versés au dossier de la Cour de l’Ontario sont admissibles?

The evidence in question and the hearsay rule

[6] As I understand it, the evidence here sought to be entered by certified documents from the proceedings of the Ontario Court is not simply for the purpose of establishing that the other proceedings occurred, but rather to be used as part of the plaintiffs' evidence in chief in this proceeding, relying upon the evidence voluntarily introduced in that other proceeding, as evidence here of the assertions then made. While that purpose was not specified in relation to all of the documents in question, that was clearly the purpose for introduction of affidavits filed by Dr. Sherman, and cross-examination upon them, for it was urged that the position he took in that earlier Ontario Court proceeding should be before this Court and he ought not to be perceived as presenting any different position in this show cause proceeding. Implicitly the same purpose was intended in relation to the affidavits of Ms. Firestone. She was a witness called by plaintiffs to testify in this proceeding and it was urged that, the respondents, having had notice of the plaintiffs' intention to introduce her affidavits from the Ontario Court, were at liberty to cross-examine her at this hearing, not only in relation to matters raised in her direct examination but in relation to matters dealt with in the affidavits now sought to be adduced. Without determining whether that would be permissible, it seems clear to me that the plaintiffs seek to rely on evidence provided by affidavits and cross-examination upon them, from other proceedings, for evidence of assertions contained in those documents.

[7] In my opinion the evidence in question is clearly hearsay and is precluded from admission unless it be admissible by some exception to the hearsay rule. That rule, as defined by Sopinka, Lederman and Bryant in *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), at page 156, may be stated as

Les éléments de preuve en litige et la règle interdisant le ouï-dire

[6] À mon sens, les éléments de preuve qu'on tente de déposer en l'espèce au moyen de copies certifiées conformes de documents produits dans le cadre d'une instance tenue devant la Cour de l'Ontario ne visent pas simplement à établir que cette autre instance a eu lieu. Dans la présente affaire, les demanderesse s'appuient sur la preuve volontairement introduite dans cette autre instance pour prouver, dans le cadre de leur preuve principale, les allégations qui y ont été faites. Même si tous les documents en question n'ont pas été déposés dans ce but, il s'agit manifestement de la raison pour laquelle on cherche à introduire en preuve les affidavits de M. Sherman et le contre-interrogatoire portant sur ceux-ci. En effet, on soutient que la position prise par M. Sherman dans le cadre de cette instance antérieure devant la Cour de l'Ontario doit être connue de la présente Cour et que M. Sherman ne doit pas être perçu comme faisant valoir une thèse différente dans la présente instance de justification. Implicitement, la production des affidavits de M^{me} Firestone vise le même objectif. Les demanderesse ont assigné cette dernière à comparaître pour témoigner en l'espèce et, à ce qu'on soutient, les intimés, ayant été avisés de l'intention des demanderesse d'introduire ces affidavits antérieurement déposés devant la Cour de l'Ontario, avaient toute liberté pour contre-interroger M^{me} Firestone lors de la présente audience, non seulement en ce qui concerne les questions soulevées lors de son interrogatoire principal, mais aussi à l'égard des questions traitées dans les affidavits qu'on tente maintenant d'introduire en preuve. Sans décider s'il est possible de procéder de cette façon, il m'apparaît évident que les demanderesse souhaitent s'appuyer sur une preuve par affidavits, et sur le contre-interrogatoire portant sur ceux-ci, provenant d'une autre instance pour prouver des assertions formulées dans ces documents.

[7] À mon avis, la preuve en question constitue manifestement du ouï-dire et elle ne peut être admise à moins de faire l'objet d'une exception à la règle interdisant le ouï-dire. Cette règle, comme elle est définie par Sopinka, Lederman et Bryant dans l'ouvrage intitulé *The Law of Evidence in Canada*

follows:

Written or oral statements, or communicative conduct made by persons otherwise than in testimony at the proceeding in which it is offered, are inadmissible, if such statements or conduct are tendered either as proof of their truth or as proof of assertions implicit therein.

[8] When the plaintiffs' motion was argued, not much argument was directed to the implications of the hearsay rule, or to exceptions from it that might be relevant in the circumstances here. In my opinion the evidence the plaintiffs seek to introduce, for the purpose of evidence in this proceeding of assertions made in affidavits or cross-examination in the Ontario Court proceeding, is precluded from admission by the hearsay rule unless there be applicable exceptions to the rule.

The application of the *Canada Evidence Act* provisions

[9] The provisions of the *Canada Evidence Act* relied upon by the plaintiffs in the notices of their intent to introduce the documents in question are first, section 30 of the Act which deals with the admissibility of records made in the usual and ordinary course of business, and section 23 [as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 117], which permits proof of judicial records by a certified copy, section 24 which provides for admissibility of public documents, or copies thereof properly certified, when, in the case of the latter two sections notice is given in accord with section 28. Essentially both sections 23 and 24, as well as section 30, provide for admission of the specified documents without formal proof of each document's authenticity or of the covering certification.

[10] Those statutory provisions facilitate admission of documentary evidence which meets the requirements for admission under some exception to the hearsay rule. The statutory provisions do not themselves provide the underlying rationale for the exceptions, except to the extent the statute permits admis-

(Toronto: Butterworths, 1992), à la page 156, peut s'énoncer de la façon suivante:

[TRADUCTION] Les déclarations, écrites ou verbales, ou les communications faites par des personnes autrement que lors d'un témoignage dans le cadre de l'instance où elles sont présentées, sont inadmissibles si elles sont produites pour établir leur véracité ou les assertions implicites qui en découlent.

[8] Au moment de débattre la requête des demanderesse, peu d'allégations ont été avancées relativement aux incidences de la règle interdisant le oui-dire, ou aux exceptions à celle-ci, susceptibles d'être pertinentes dans la présente affaire. Selon moi, les éléments de preuve que les demanderesse cherchent à introduire en l'espèce—afin de prouver des assertions faites dans des affidavits, ou lors du contre-interrogatoire portant sur ceux-ci, dans le cadre de l'instance en Cour de l'Ontario—sont inadmissibles à moins d'être visés par une exception à la règle interdisant le oui-dire.

Application des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*

[9] Les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* invoquées par les demanderesse dans les avis faisant part de leur intention de produire les documents en question sont l'article 30 qui traite de l'admissibilité des pièces établies dans le cours ordinaire des affaires, l'article 23 [mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 117] qui permet de faire la preuve de procédures judiciaires au moyen d'une copie certifiée et, enfin, l'article 24 qui prévoit l'admissibilité de documents publics, ou de copies adéquatement certifiées de ceux-ci lorsque, dans le cas de ces deux dernières dispositions, un avis a été donné conformément à l'article 28. Essentiellement, les articles 23 et 24, ainsi que l'article 30, prévoient l'admissibilité de certains documents précis sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de chaque document ni l'attestation dont il fait l'objet.

[10] Ces dispositions législatives facilitent l'admission de preuves documentaires qui satisfont aux exigences relatives à l'admissibilité grâce à une exception quelconque à la règle interdisant le oui-dire. Par elles-mêmes, ces dispositions ne permettent pas de connaître le raisonnement qui sous-tend ces excep-

sion without formal proof that would otherwise be required at common law about the authenticity of the documents in question. Moreover, the statutory rules do not provide that evidence in the forms described is admissible regardless of its relevance.

[11] In my opinion the notice served pursuant to section 30 of the *Canada Evidence Act* does not in itself lead to admissibility of any of the documents in the circumstances of this case. The records of the Ontario Court made in the ordinary and usual course of its business are not here questioned as to their authenticity but they are said to be hearsay, and not relevant to the issues before this Court in this proceeding. Indeed that was essentially acknowledged, and the inappropriate resort to section 30 was acknowledged by counsel for the plaintiffs at the hearing. In submissions in support of his motion, after referring to the notice under section 30 of the Act, and argument upon the matter, counsel for the plaintiffs commented:

I'm sorry I said section 30. The notices were actually given under section 28 and in my enthusiasm to respond to their argument I got carried away. Section 28 is a section that refers to sections 23 and 24 which enables one to introduce the proceedings of another court into these proceedings.

I do apologize to my friends for section 30. I agree with them, section 30 has nothing to do with this. I ought not to have said that. It's sections 23 and 24 which are introduced through section 28. I don't know if that makes a difference but that's to do with proof of court documents . . . So to the extent I mentioned section 30 I apologize to my friends

[12] Further, the notice pursuant to section 28 of the *Canada Evidence Act*, referring to sections 23 and 24 of the Act, does not here provide a basis for admissibility of the documents in issue. While it is said by plaintiffs that evidence offered in the Ontario Court

tions, sauf dans la mesure où le texte législatif autorise l'admission sans la preuve formelle qui serait autrement requise en common law pour établir l'authenticité des documents en question. Par ailleurs, les règles prévues par la Loi ne portent aucunement que la preuve présentée dans les formes prescrites est admissible peu importe sa pertinence.

[11] J'estime que, dans les circonstances de la présente affaire, l'avis donné en application de l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'a pas pour effet, en soi, de rendre les documents en question admissibles. Ce n'est pas l'authenticité des pièces de la Cour de l'Ontario établies dans le cours ordinaire des affaires qui est ici mise en doute, mais bien le fait que ces pièces puissent constituer du ouï-dire et qu'elles ne soient d'aucune pertinence au regard des questions dont la Cour est saisie en l'espèce. De fait, à l'audience, l'avocat des demandesses a pour l'essentiel reconnu cette situation de même qu'il a convenu que le recours à l'article 30 était inadéquat en l'occurrence. Après avoir renvoyé à l'avis donné aux termes de l'article 30 de la Loi et débattu la question, l'avocat des demandesses a présenté les observations suivantes dans les arguments qu'il invoque à l'appui de sa requête:

[TRANSDUCTION] Je suis désolé d'avoir mentionné l'article 30. Les avis ont en fait été donnés en application de l'article 28 et je me suis laissé emporter par mon ardeur à répondre à leur argument, d'où mon erreur. L'article 28 renvoie aux articles 23 et 24 qui permettent d'introduire en preuve dans la présente instance les procédures d'un autre tribunal.

Je m'excuse auprès de mes amis pour la mention de l'article 30. Je conviens avec eux que l'article 30 n'a rien à voir avec la présente affaire. Je n'aurais pas dû dire cela. C'est par le truchement de l'article 28 qu'il est possible de déposer en preuve les éléments visés aux articles 23 et 24. Je ne suis pas certain que cela change quelque chose, mais cette question relève des règles régissant l'introduction en preuve de documents judiciaires . . . Par conséquent, dans la mesure où j'ai invoqué l'article 30, je présente mes excuses à mes amis . . .

[12] En outre, l'avis prévu à l'article 28 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui renvoie aux articles 23 et 24 de ce texte législatif, n'offre pas en l'espèce de fondement à l'admissibilité des documents en litige. Bien que les demandesses aient affirmé que la

proceedings may be relevant in this show cause proceeding, no basis is laid for that in evidence or in argument. There may be circumstances where testimony from prior judicial proceedings is admissible in a later proceeding, as an exception to the hearsay rule (see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pages 270-278). Those circumstances generally require that the prior proceedings involve the same parties and essentially the same issues as in the proceedings where the prior testimony is sought to be introduced. In this case the prior proceedings are said to concern an application for judicial review to contest the decision of Ontario health authorities that the apenapril product of Apotex be removed from the list of drugs to be paid for from public funds if prescribed for a resident in Ontario. That application for judicial review raises different issues from those before this Court. Moreover, the plaintiffs were apparently not involved in the application in the Ontario Court for which the style of cause describes Apotex as the applicant and Minister of Health, Attorney General of Ontario and Lieutenant Governor in Council as respondents.

[13] In my opinion, sections 23 and 24 of the *Canada Evidence Act*, which concern the requirements for proof of judicial records or other public records, do not facilitate admission of documents which, as I perceive them, are not established as relevant to the issues before me. Those issues concern whether Apotex or Dr. Sherman engaged in activities, at times set out in the show cause order, after December 14, 1994, that demonstrate contempt for the Court's authority or orders.

[14] Thus, my conclusion is that the provisions of the *Canada Evidence Act* here relied upon for notices by plaintiffs of their intent to seek admission as evidence of the documents in issue, do not establish the necessary basis for admission of any of the

preuve déposée lors de l'instance entendue par la Cour de l'Ontario pouvait être pertinente dans la présente instance de justification, ni la preuve ni l'argumentation ne permettent d'étayer cette assertion. Il peut arriver que le témoignage rendu lors d'une instance judiciaire antérieure soit admissible dans une instance postérieure en vertu d'une exception à la règle interdisant le ouï-dire (voir Sopinka, Lederman et Bryant, *supra*, aux pages 270 à 278). En général, il faut alors que l'instance antérieure vise les mêmes parties et essentiellement les mêmes questions que l'instance dans laquelle on tente de produire le témoignage rendu précédemment. En l'espèce, on fait valoir que l'instance antérieure porte sur une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision des autorités sanitaires de l'Ontario voulant que le produit apo-énalapril d'Apotex soit supprimé de la liste des médicaments qui, s'ils sont délivrés sur ordonnance à un résident de l'Ontario, sont payés sur les fonds publics. Cette demande de contrôle judiciaire soulève des questions différentes de celles soumises à la présente Cour. De plus, les demanderesses n'étaient apparemment pas visées par la demande déposée auprès de la Cour de l'Ontario et dont l'intitulé de la cause précise qu'Apotex est la partie demanderesse et que le ministre de la Santé, le procureur général de l'Ontario et le lieutenant-gouverneur en conseil sont les parties intimées.

[13] À mon sens, les articles 23 et 24 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui énoncent les exigences applicables à la mise en preuve des procédures judiciaires ou d'autres documents publics, n'ont pas pour effet de faciliter l'admissibilité de documents dont la pertinence au regard des questions dont je suis saisi n'a pas, selon moi, été établie. Ces questions visent à déterminer si Apotex ou M. Sherman se sont livrés, aux moments précisés dans l'ordonnance de se justifier, après le 14 décembre 1994, à des activités montrant qu'il y a eu outrage envers l'autorité de la Cour ou les ordonnances rendues par cette dernière.

[14] J'arrive donc à la conclusion que les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*, sur lesquelles les demanderesses se sont appuyées en l'espèce pour donner avis de leur intention de faire admettre en preuve les documents en question, ne permettent pas

documents as evidence of any of the assertions that may be contained in those documents. In these proceedings those documents are simply hearsay and ought not to be admitted.

The affidavits in question, from prior proceedings

[15] Even if I am wrong in my assessment of the significance of the notices given under the *Canada Evidence Act* in this case, or if there be some exception to the hearsay rule that would permit admission of the documents certified from the records of the Ontario Court, there are other circumstances in this case which in my opinion preclude admission of affidavits from Dr. Sherman, Ms. Firestone and Ms. Moffts, or transcripts of cross-examination upon them filed in the prior proceedings.

[16] In considering the admissibility of the affidavits in question the circumstances differ somewhat in each case. I turn first to those relating to affidavits and any transcript of cross-examination of Dr. Sherman, then to those concerning affidavits of Ms. Firestone, and then to those concerning affidavits and cross-examination of Ms. Moffts.

[17] Dr. Sherman is before the court as one directed to show cause why he should not be penalized for contempt of court. The proceedings are quasi-criminal in nature because of the possibility, if contempt is found, of penalties in terms of fines for both Apotex and Dr. Sherman and of possible incarceration in the case of Dr. Sherman. In these proceedings the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] apply, including those that ensure protection against self-incrimination, in particular in sections 11 and 13 of the Charter.

[18] Counsel for Dr. Sherman, supported by counsel for Apotex, urges that the affidavits of Dr. Sherman,

d'étayer l'admissibilité de l'un ou l'autre des documents pour prouver des assertions que ceux-ci pourraient renfermer. Dans la présente instance, ces documents constituent simplement du oui-dire et ne doivent pas être admis.

Les affidavits en litige déposés dans le cadre d'une instance antérieure

[15] Même si mon appréciation de la signification des avis donnés en l'espèce aux termes de la *Loi sur la preuve au Canada* est erronée, ou s'il existe une exception quelconque à la règle interdisant le oui-dire susceptible de justifier l'admissibilité des documents certifiés conformes aux pièces de la Cour de l'Ontario, la présente affaire comporte d'autres circonstances qui, à mon avis, empêchent d'admettre en preuve les affidavits de M. Sherman, de M^{me} Firestone et de M^{me} Moffts, ou les transcriptions du contre-interrogatoire portant sur ceux-ci, qui ont été déposés dans l'instance antérieure.

[16] Les faits pertinents à la question de l'admissibilité des affidavits en cause varient quelque peu dans chaque cas. J'examinerai d'abord les faits relatifs aux affidavits et aux transcriptions du contre-interrogatoire de M. Sherman, puis ceux touchant les affidavits de M^{me} Firestone et, enfin, ceux concernant les affidavits et le contre-interrogatoire de M^{me} Moffts.

[17] M. Sherman comparait devant la Cour parce qu'on lui a ordonné d'expliquer pourquoi il ne devrait pas être déclaré coupable d'outrage au tribunal. Il s'agit d'une instance de nature quasi criminelle en ce sens que, si la Cour conclut à l'outrage au tribunal, Apotex et M. Sherman pourraient être condamnés à payer des amendes et, dans le cas de M. Sherman, à purger une éventuelle peine d'emprisonnement. En l'espèce, les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] reçoivent application, notamment celles qui offrent une protection contre le témoignage incriminant, et plus particulièrement les articles 11 et 13 de la Charte.

[18] L'avocat de M. Sherman, avec l'appui de l'avocat d'Apotex, soutient que les affidavits de

and presumably any transcript of cross-examination upon those, from the record filed in the earlier proceedings in the Ontario Court, are not admissible as evidence in chief of the plaintiff because of section 13 of the Charter, which provides:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

The argument against admission of these affidavits relies upon the Supreme Court of Canada decision in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, a case concerned with criminal proceedings where it was held that testimony offered voluntarily by an accused in the course of his trial was barred by section 13 of the Charter from being adduced at the re-trial of the accused, who did not testify at the second trial. One of the limited purposes for which evidence given at prior proceedings may be adduced, as described in the concluding phrases of section 13 of the Charter, was dealt with in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, where evidence given at a first trial by an accused was permitted to be adduced in his cross-examination, for the purpose of impeaching his testimony at a re-trial, and questioning his credibility. That limited use of the prior affidavits and cross-examination of Dr. Sherman would be permissible in this case if Dr. Sherman were to testify. As noted he has not yet done so and he is not a compellable witness in light of paragraph 11(c) of the Charter.

[19] For the plaintiffs it is submitted that section 13 of the Charter is not here applicable. First, it is suggested that the affidavits of Dr. Sherman in the other proceedings are not "testimony" within the meaning of that word in section 13. Second, it is urged that the Charter provisions should not be applied to circumstances where the evidence sought to be adduced is in affidavits filed by Apotex in its application for judicial review, a process which counsel for

M. Sherman et, par supposition, les transcriptions du contre-interrogatoire portant sur ceux-ci, qui sont tirés du dossier déposé lors de l'instance antérieure devant la Cour de l'Ontario, sont inadmissibles dans le cadre de la preuve principale des demandereses en raison de l'article 13 de la Charte dont voici le texte:

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

L'argument invoqué contre l'admissibilité de ces affidavits se fonde sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350. Cette affaire porte sur une instance pénale dans laquelle il a été conclu que le témoignage donné volontairement par un accusé dans le cadre de son procès ne pouvait, aux termes de l'article 13 de la Charte, être présenté en preuve lors de son nouveau procès s'il n'a pas témoigné à cette occasion. Une des raisons de portée restreinte pour lesquelles un témoignage rendu dans le cadre d'une instance antérieure pourrait être produit en preuve conformément exceptions énoncées à la fin de l'article 13 de la Charte a été examinée dans l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618. Dans cette affaire, on a permis que le témoignage rendu par l'accusé à l'occasion d'un premier procès soit produit en preuve, lors de son contre-interrogatoire, pour attaquer sa crédibilité ainsi que le témoignage qu'il a donné à son nouveau procès. Ce genre d'emploi limité des affidavits et du contre-interrogatoire de M. Sherman qui ont été déposés dans une instance antérieure serait possible en l'espèce si ce dernier devait témoigner. Comme il a été signalé, M. Sherman n'a pas encore donné témoignage et il n'est pas un témoin contraignable compte tenu de l'alinéa 11(c) de la Charte.

[19] Les demandereses prétendent que l'article 13 de la Charte ne s'applique pas en l'espèce. Premièrement, on affirme que les affidavits de M. Sherman déposés dans l'autre instance ne constituent pas un «témoignage» au sens où ce terme est employé à l'article 13. Deuxièmement, les demandereses font valoir que les dispositions de la Charte ne reçoivent pas application puisque la preuve qu'on souhaite présenter est tirée d'affidavits déposés par Apotex

the plaintiffs describes as essentially a process for equitable relief. It is urged that Dr. Sherman ought to be bound to the position he took, voluntarily, in that earlier proceeding and his affidavits then filed should be admitted as evidence in this matter of his position then adopted.

[20] Thus far jurisprudence appears to limit the application of section 13 of the Charter to precluding the admission of prior testimony, as evidence in later proceedings, to oral testimony, excluding from its scope documents or real evidence from prior proceedings. The most direct statement on the matter is by Madam Justice L'Heureux-Dubé in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at page 587, where she commented, in part:

When one considers the carefully formulated wording of s. 13, . . . the drafters could not have made any clearer their intention to restrict the scope of the immunity to "testimonial" evidence. The word "testify" connotes the giving of evidence by means of oral communication in a proceeding. A witness "testifies" in recounting his or her version of certain events. This common sense meaning is simply not involved by the act of producing documents to the court.

[21] With respect, that comment is *obiter* in a decision where the Supreme Court was concerned with the validity, in light of sections 7 and 8 of the Charter, or section 17 of the then *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23], which authorized orders to be issued to persons compelling their examination under oath and the production of documents, in the investigatory process of the Commission. L'Heureux-Dubé J. was considering the application of section 7 of the Charter to those circumstances and she referred to the pre-Charter privilege against self-incrimination. The comment quoted above was made without reference to the circumstance here that the documents in question include affidavits, and in some cases cross-

dans le cadre de sa demande de contrôle judiciaire, processus que l'avocat des demandresses décrit comme relevant essentiellement d'une réparation en *equity*. On insiste sur le fait que M. Sherman devrait être lié par la position qu'il a prise, volontairement, lors de cette instance antérieure et que ses affidavits alors déposés devraient être admis en preuve dans la présente affaire pour établir la thèse qu'il invoquait à ce moment.

[20] À l'heure actuelle, la jurisprudence paraît restreindre aux témoignages rendus de vive voix l'application de l'article 13 de la Charte voulant que les témoignages donnés antérieurement soient inadmissibles à titre de preuve dans une autre instance. Les documents ou les éléments matériels mis en preuve dans une instance antérieure ne sont donc pas visés par cette disposition. L'affirmation la plus directe faite sur cette question revient à M^{me} le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la page 587, où elle déclare notamment:

Si l'on tient compte du texte soigneusement formulé de l'art. 13, . . . les rédacteurs n'auraient pas pu exprimer plus clairement leur intention de restreindre la portée de l'immunité à la preuve «testimonial». Le mot «témoigner» signifie une déposition sous forme de communication orale au cours d'une procédure. Une personne «témoigne» en donnant sa version de certains faits. Ce sens ordinaire est incompatible avec l'acte consistant à produire des documents auprès du tribunal.

[21] Avec égards pour l'opinion contraire, il s'agit d'une remarque incidente formulée dans une affaire où la Cour suprême s'interrogeait sur la validité, au regard des articles 7 et 8 de la Charte, de l'article 17 de l'ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23] qui autorise le prononcé d'ordonnances enjoignant à des personnes de témoigner sous serment et de produire des documents dans le cadre du processus d'enquête de la Commission. Le juge L'Heureux-Dubé examinait l'opportunité d'appliquer l'article 7 de la Charte aux faits particuliers de l'instance et elle a renvoyé au privilège contre l'auto-incrimination qui existait avant la Charte. Les observations reproduites plus haut ont été formulées dans

examination upon them, filed in prior judicial proceedings. Those proceedings, for judicial review, progress to a hearing on the basis of affidavit evidence, and often of transcripts of cross-examination upon any affidavits filed, and without oral testimony. In my opinion, in circumstances where the affidavit is that of a person subsequently ordered in other proceedings to show cause why he or she should not be found in contempt, and that person has not testified in the later proceedings, the affidavit from prior judicial review proceedings, and any cross-examination upon it, falls within the meaning of “testimony” within section 13 of the Charter. It may not be adduced by the opposing party whose reliance upon it would constitute incriminating use within section 13 (see, *Dubois, supra*).

[22] If I am wrong in so applying section 13, then in the exercise of my discretion I would not admit the affidavits of Dr. Sherman from the Ontario Court proceeding as evidence in chief in this proceeding. Dr. Sherman is not a compellable witness in this matter. The Court, by admitting the affidavits of Dr. Sherman and transcripts of cross-examination of him, would breach its responsibility, in this quasi-criminal proceeding, to ensure recognition of his right, pursuant to paragraph 11(c) of the Charter, not to be compelled to be a witness against himself.

[23] I decline to admit the affidavits of Ms. Firestone, if they were otherwise admissible, for different reasons. She has already appeared as a witness, called by the plaintiffs, in this proceeding. She has been examined and was cross-examined by counsel for both Apotex and Dr. Sherman. Evidence she gave by affidavit in the Ontario Court proceeding is not now admissible here. She might have been examined while on the stand in this proceeding in regard to any matter relevant to this proceeding that is

un contexte différent. Les documents en litige ne comprenaient aucun affidavit ni contre-interrogatoire sur affidavit déposés lors d’une instance judiciaire antérieure qui a par la suite fait l’objet d’une audience fondée sur une preuve par affidavit, et souvent sur des transcriptions de contre-interrogatoires sur affidavits, sans que des témoignages soient rendus de vive voix. À mon avis, lorsque l’affidavit est celui d’une personne subséquemment visée par une ordonnance prononcée dans le cadre d’une autre instance lui enjoignant d’expliquer pourquoi elle ne devrait pas être déclarée coupable d’outrage au tribunal, et que cette personne n’a pas témoigné dans l’instance ultérieure, l’affidavit déposé lors de l’instance en contrôle judiciaire et tout contre-interrogatoire portant sur celui-ci constituent un «témoignage» au sens où ce terme est employé à l’article 13 de la Charte. Il ne peut être présenté en preuve par la partie adverse qui, si elle s’appuyait sur ce document, en ferait un usage incriminant au sens de l’article 13 (voir l’arrêt *Dubois*, précité).

[22] Même si je fais erreur en appliquant ainsi l’article 13, je refuserais, dans l’exercice de mon pouvoir discrétionnaire, que les affidavits de M. Sherman déposés lors de l’instance tenue devant la Cour de l’Ontario soient admis dans le cadre de la preuve principale présentée en l’espèce. En effet, M. Sherman n’est pas un témoin contraignable dans la présente affaire. La Cour, en admettant les affidavits de M. Sherman et les transcriptions de son contre-interrogatoire, manquerait à l’obligation qui lui incombe, dans la présente instance quasi criminelle, de veiller à la protection du droit que confère l’alinéa 11c) de la Charte à M. Sherman, savoir le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même.

[23] C’est pour des raisons différentes que je refuse d’admettre les affidavits de M^{me} Firestone, s’ils sont autrement admissibles. Elle a déjà comparu en qualité de témoin dans la présente instance après avoir été assignée par les demandresses. Elle a été interrogée et contre-interrogée par les avocats d’Apotex et de M. Sherman. La preuve qu’elle a fournie par affidavit dans l’instance tenue devant la Cour de l’Ontario n’est pas admissible en l’espèce. M^{me} Firestone aurait pu être interrogée, alors qu’elle était à la barre dans le

dealt with in her affidavits, and that would have provided opportunity for cross-examination by Apotex and by Dr. Sherman.

[24] It is urged that having had notice of plaintiffs' intent to submit these affidavits the defendants might have raised in cross-examination of Ms. Firestone any question arising from her earlier affidavits. I am not persuaded that is so but I decline to make any final ruling since the matter did not arise in these proceedings. The defendant Apotex, and Dr. Sherman, were not bound to raise questions of Ms. Firestone from her affidavits now in question even if they might have been permitted to do so. I agree with the submission on behalf of Apotex that the process followed by the plaintiffs, if Ms. Firestone's affidavits were now admitted, would effectively deprive Apotex of the opportunity to cross-examine her on matters dealt with in her affidavits that the plaintiffs now would rely upon as evidence if their motion were granted. That would not qualify as fair process.

[25] The affidavit and cross-examination of Ms. Moff's are not admitted in this proceeding for somewhat similar reasons. Ms. Moff's was not called as a witness in this proceeding by the plaintiffs. Her evidence, by affidavit and cross-examination, in the Ontario Court proceeding where the issues were different, is simply not admissible. It is hearsay and no basis for treating it as an exception to the rule excluding hearsay is made out, nor is any basis established for considering it relevant if it were otherwise admissible. If it were to be admitted the defendant and Dr. Sherman would be deprived of the opportunity to question her on matters the plaintiffs would rely upon from her earlier evidence in this

cadre de la présente instance, relativement à toute question pertinente en l'espèce traitée dans ses affidavits, ce qui aurait donné l'occasion à Apotex et à M. Sherman de la contre-interroger.

[24] On fait valoir que, comme les demandresses les ont avisées de leur intention de produire ces affidavits en preuve, les défenderesses auraient pu, lors du contre-interrogatoire de M^{me} Firestone, poser à cette dernière n'importe quelle question concernant ses affidavits antérieurs. Je ne suis pas convaincu que ce soit le cas, mais je refuse de rendre une décision définitive à cet égard puisque je n'ai pas été saisi de cette question. La défenderesse Apotex et M. Sherman n'étaient pas obligés d'interroger M^{me} Firestone sur ses affidavits maintenant en litige même s'ils auraient pu y être autorisés. Je suis d'accord avec les observations formulées pour le compte d'Apotex voulant que le processus suivi par les demandresses, si les affidavits de M^{me} Firestone étaient maintenant admis en preuve, priverait effectivement Apotex de l'occasion de contre-interroger cette dernière sur des points abordés dans ses affidavits—affidavits que les demandresses pourraient dorénavant invoquer à titre de preuve si leur requête était accordée. On ne saurait qualifier ce processus d'équitable.

[25] De même, pour des raisons quelque peu analogues, ni l'affidavit ni le contre-interrogatoire de M^{me} Moff's ne peuvent être admis en l'espèce. Les demandresses n'ont pas assigné M^{me} Moff's comme témoin dans la présente instance. Le témoignage de cette dernière, obtenu grâce à son affidavit et à son contre-interrogatoire devant la Cour de l'Ontario où les questions en litige étaient différentes, n'est tout simplement pas admissible. Il s'agit de ouï-dire. Aucun motif donnant à conclure que ce témoignage fait l'objet d'une exception à la règle interdisant le ouï-dire ni aucun fondement permettant de considérer que cet élément de preuve serait pertinent s'il était autrement admissible n'ont été établis. Si ce témoignage était admis, la défenderesse et M. Sherman seraient privés de la possibilité d'interroger M^{me} Moff's à propos d'éléments tirés de son témoignage antérieur sur lesquels s'appuieraient les demandresses en l'instance.

[26] My conclusion is that none of the affidavits or transcripts of cross-examination on those affidavits, which plaintiffs seek to have admitted as evidence, should be admitted in the circumstances of this case.

Other documents

[27] The notices served by the plaintiffs and the certificates concerning documents submitted to be admitted as evidence in this matter, from the Ontario Court proceedings, do refer to other documents. Those include the originating notice of motion and the amended notice of motion and volumes II and IV of the application record. Those volumes of the application record include some transcripts of cross-examination on affidavits, already discussed above, and miscellaneous other documents assembled for the record and as evidence in that application for judicial review in the Ontario Court. No basis is here laid to establish the relevance of any of those other documents in this proceeding. At this stage I am not prepared to assume that they are relevant to the issues here. In these circumstances, I decline to admit any of these other documents as evidence in this proceeding.

Conclusion

[28] For the reasons set out, I dismiss the motion by the plaintiffs to admit as evidence in this proceeding the documents certified to be true copies from the record in the Ontario Court (General Division) in file 58/95, documents certified in two bundles, referred to at the hearing as bundles X and Y.

[29] An order goes dismissing the plaintiffs' motion.

[26] Ma conclusion est donc la suivante: compte tenu des faits de l'espèce, aucun des affidavits—ni aucune des transcriptions de contre-interrogatoire portant sur ceux-ci—que les demandresses souhaitent mettre en preuve ne doivent être admis.

Autres documents

[27] Les avis signifiés par les demandresses et les certificats relatifs aux documents qui ont été déposés en Cour de l'Ontario et que ces dernières tentent de produire en preuve dans la présente affaire renvoient à d'autres documents, dont l'avis de requête introductive d'instance, l'avis de requête modifié ainsi que les volumes II et IV du dossier de la demande. Ces volumes comprennent certaines transcriptions de contre-interrogatoires sur affidavits déjà examinées plus haut de même que divers autres documents réunis pour les besoins du dossier et de la preuve concernant cette demande de contrôle judiciaire en Cour de l'Ontario. Aucun fondement permettant d'établir la pertinence de l'un ou l'autre de ces autres documents en l'espèce n'a été mis en preuve dans la présente affaire. Je ne suis pas disposé, à cette étape-ci, à présumer que ces documents sont pertinents pour trancher les questions soulevées devant moi. Dans ces circonstances, je refuse d'admettre ces autres documents à titre de preuve dans la présente instance.

Conclusion

[28] Pour les motifs qui précèdent, je rejette la requête présentée par les demandresses en vue de faire admettre en preuve dans la présente instance les copies certifiées conformes des documents déposés dans le dossier de la Cour de l'Ontario (Division générale) portant le numéro 58/95, documents certifiés qui sont présentés en deux liasses appelées liasses X et Y lors de l'audience.

[29] Une ordonnance rejetant la requête des demandresses est donc rendue.