# 1975 Volume 2

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

*Editors*

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.

MICHELLE GIRARD, B.A., LL.L.

JOHN J. YOUNG, B.L.

*Arrêtistes*

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.

MICHELLE GIRARD, B.A., LL.L.

JOHN J. YOUNG, B.L.

*Published pursuant to the Statute*
*by* FRANÇOIS DES RIVIÈRES, Q.C.,
*Registrar of the Court*

*Publié conformément à la Loi*
*par* FRANÇOIS DES RIVIÈRES, c.r.,
*Registraire de la Cour*

THE QUEEN'S PRINTER FOR CANADA © L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR LE CANADA
OTTAWA, 1976

# JUDGES

## OF THE

# SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BORA LASKIN, P.C., *Chief Justice of Canada.*

The Honourable RONALD MARTLAND.

The Honourable WILFRED JUDSON.

The Honourable ROLAND A. RITCHIE.

The Honourable WISHART FLETT SPENCE.

The Honourable LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

The Honourable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON.

The Honourable JEAN BEETZ.

The Honourable LOUIS-PHILIPPE DE GRANDPRÉ, C.C.

ATTORNEYS GENERAL OF CANADA

The Honourable O. W. LANG, Q.C.

The Honourable S. R. Basford.

SOLICITOR GENERAL OF CANADA

The Honourable W. ALLMAND.

# JUGES

## DE LA

# COUR SUPRÊME DU CANADA

Le Très honorable BORA LASKIN, C.P., *Juge en chef du Canada.*

L'honorable RONALD MARTLAND.

L'honorable WILFRED JUDSON.

L'honorable ROLAND A. RITCHIE.

L'honorable WISHART FLETT SPENCE.

L'honorable LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

L'honorable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON.

L'honorable JEAN BEETZ.

L'honorable LOUIS-PHILIPPE DE GRANDPRÉ, C.C.

PROCUREURS GÉNÉRAUX DU CANADA

L'honorable O. E. LANG, c.r.

L'honorable S. R. BASFORD.

SOLLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'honorable W. ALLMAND.

# ERRATA

Page 381, line 13 of English version. Read "expectation" instead of "expection".
Page 449, line 18 of French version. Read "matériaux" instead of "matérieux".
Page 507, line 10 of French version. Read "accessoire" instead of "assessoire".

---

Page 381, ligne 13 de la version anglaise. Lire «expectation» au lieu de «expection».
Page 449, ligne 18 de la version française. Lire «matériaux» au lieu de «matérieux».
Page 507, ligne 10 de la version française. Lire «accessoire» au lieu de «assessoire».

# UNREPORTED JUDGMENTS—JUGEMENTS NON PUBLIÉS

***The following judgments rendered during the period October-December, 1975 will not be reported***

---

***Les jugements suivants rendus durant la période de octobre-décembre, 1975, ne seront pas publiés***

*Black River—Matheson, Township of v. Hedman Mines Ltd.* (Ont.), appeal dismissed with costs, 17.12.75, appel rejeté avec dépens.

*Continental Grain Co. (Canada) Ltd. et al. v. Montana Mustard Seed Co., Inc., et al.* (Sask.), appeal dismissed with costs to the respondent Montana Mustard Seed Co., Inc., 6.11.75, appel rejeté avec dépens en faveur de l'intimée Montana Mustard Seed Co., Inc.

*Côté v. Taylor* (Qué.), appeal dismissed with costs, 3.12.75, appel rejeté avec dépens.

*DeVries (Hollander) v. Minister of Manpower & Immigration* (F.C.A.), appeal dismissed, 14.10.75, appel rejeté.

*Gionis v. Schmeltzer et al.* (Qué.), appeal dismissed with costs, 11.12.75, appel rejeté avec dépens.

*Grandbois v. Canada Safeway Ltd.* (Alta.), appeal dismissed with costs, 30.10.75, appel rejeté avec dépens.

*MacInnes v. Leaman et al.* (N.B.), appeal dismissed with costs, 21.11.75, appel rejeté avec dépens.

*Marsolais-Lavallée v. The Heirs of Michel Villemaire et al.* (Qué.), appeals dismissed with costs, 24.10.75, appels rejetés avec dépens.

*McCaud v. Attorney General of Canada* (Ont.), appeal dismissed, 7.10.75, appel rejeté.

*Neilson v. Fergus* (B.C.), appeal quashed with costs, 29.10.75, appel annulé avec dépens.

*Restaurant Riviera Inc. v. Canada Steamship Lines Ltd.; Canada Steamship Lines Ltd. v. Tremblay et al.* (Qué.), appeal dismissed with costs, 27.11.75, appel rejeté avec dépens.

*Rondeau et al. v. La Reine* (Qué.), appeal dismissed, 27.11.75, appel rejeté.

*Sauriol et al. v. Assh Saul Co. Ltée.* (Qué.), appeal dismissed with costs, 5.12.75, appel rejeté avec dépens.

*Sauro v. City of Montreal* (Qué.), appeal dismissed with costs, 11.12.75, appel rejeté avec dépens.

*Savaria v. Ville de Boucherville* (Qué.), appeal dismissed with costs, 11.12.75, appel rejeté avec dépens.

*Segal v. Segal et al.* (Qué.), appeal dismissed with costs, 4.12.75, appel rejeté avec dépens.

*Smith-Gent Advertising Ltd. v. The Katz Agency Inc.* (Ont.), appeal dismissed with costs, 22.10.75, appel rejeté avec dépens.

*Stan Reynolds Auto Sales Ltd. et al. v. Osmack et al.* (Alta.), [1974] 1 W.W.R. 408, appeal dismissed with costs; cross-appeal dismissed with costs, 5.11.75, appel rejeté avec dépens; appel incident rejeté avec dépens.

*Victoria, City of v. Canadian Union of Public Employees, Local No. 50* (B.C.), appeal dismissed with costs, 29.10.75, appel rejeté avec dépens.

*Westland Carriers Ltd. et al. v. Watson et al.* (B.C.), [1974] 6 W.W.R. 552, appeal dismissed with costs; cross-appeal dismissed with costs, 27.10.75, appel rejeté avec dépens; appel incident rejeté avec dépens.

*Winnipeg, City of v. Kildonan Concrete Products Ltd.* (Man.), appeal dismissed with costs; motion to vary decision of the Court of Appeal dismissed without costs, 7.11.75, appel rejeté avec dépens; requête en vue de modifier la décision de la Cour d'appel rejetée sans dépens.

---

*Add—Ajoutez*

*Arundell Developments Ltd. v. Jager Holdings (Calgary) Ltd.* (Alta.), appeal and cross-appeal dismissed with costs, 1.10.74, appel et appel incident rejetés avec dépens.

# MOTIONS—REQUÊTES

***Applications for leave to appeal granted are not included in this list***

---

***Cette liste ne comprend pas les requêtes pour permission d'appeler qui ont été accordées***

*A. & W. Restaurants & Coronation Enterprises Ltd. v. Eaton Co. Ltd.* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleums Ltd.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*American-Lincoln Corp., et al. v. Plant Maintenance Equipment Co. Ltd. et al.* (Ont.), notice of discontinuance filed, 17.10.75, avis de désistement produit.

*A.G. of Canada v. Carlson* (Ont.), leave to appeal refused, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*A.G. Ont. et al. v. Orangeville Highland Ltd. et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Avtar Singn v. A.G. Canada* (F.C.A.), leave to appeal refused, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée.

*Bailey v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Baribeau et al. v. Société Nationale de Fiducie et al.* (Qué.), notice of discontinuance filed, 11.9.75, avis de désistement produit.

*Bégin v. Metal Rousseau Inc.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Berger v. The Queen* (B.C.), leave to appeal refused, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Blinkoff et al. v. M.N.R.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Blouin Drywall Contractors Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 2486* (Ont.), leave to appeal refused, 17.11.75, autorisation d'appeler refusée.

*Bolton v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 16.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Bourque et al. v. Chartier* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Burt et al. v. Armadale Publishers Ltd. et al.* (Sask.), leave to appeal refused, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée.

*Caloil Inc. v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 20.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Camden Cooper Garments Ltd. v. Rose-Tex Mills Ltd.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Canada Steamship Lines Ltd. v. John H. Tremblay, et al.* (Qué.), notice of discontinuance filed, 31.10.75, avis de désistement produit.

*Canadian Rock Salt Co. Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), notice of discontinuance filed, 18.7.75, avis de désistement produit.

*Centrale de l'Enseignement du Québec v. Ministre Justice de la province de Québec* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 4.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Centre Commercial Lévis v. Leclerc,* (Qué.), notice of discontinuance filed 7.8.75, avis de désistement produit.

*Cie du Marché Central Métropolitain Ltée v. Ville de Montréal* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75 autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*City of Halifax v. Johnson et al.* (N.S.), leave to appeal refused with costs, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Coley v. Min. Man. & Imm.* (F.C.A.), leave to appeal refused, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Concrete Column Clamps (1961) Ltd. v. Bédard* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Continental Ins. Co. v. Canadian Equipment Sales & Serv.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Currie et al. v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 4.12.75, autorisation d'appeler refusée.

*Denis et al. v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée.

*Edinger et al. v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 16.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Ellam v. Ellam* (Ont.), leave to appeal refused, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Farlinger Developments Ltd. v. Corpn. Borough of East York* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 20.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Fechter et al. v. Bank of Montreal* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 17.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Ferro Machinery v. Dowse Woodwork Ltd.* (Man.), leave to appeal refused with costs, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Fredette v. Engel et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*French v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), leave to appeal refused, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée.

*Frias v. Min. Man. & Imm.* (F.C.A.), leave to appeal refused, 27.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Good v. Canadian Pacific Ltd. et al.* (B.C.) leave to appeal refused with costs, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Gosselin v. Baribeau-Lapointe et al.* (Qué.), notice of discontinuance filed, 11.9.75, avis de désistement produit.

*Gratia v. Min. Man. & Imm.* (F.C.A.), leave to appeal refused, 9.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Grayson v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 16.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Grey & Lafferty v. Montreal Stock Exchange et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Greyhound Lines v. Office & Technical Emp. Union* (F.C.A.) leave to appeal refused with costs, 27.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Hall v. Johnson,* (N.S.), notice of discontinuance filed, 22.8.75, avis de désistement produit.

*Hartikainen v. Kane* (Ont.), leave to appeal refused, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée.

*Heath et al. v. Kane et al.* (Ont.), leave to appeal refused, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée.

*Henri v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée.

*Hickey v. Humfrey et al.* (Alta.), notice of discontinuance filed, 24.11.75, avis de désistement produit.

*Hunter et al. v. Hurlburt* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Isabelle v. Jolicoeur et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Kohne et al. v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 16.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Kozak et al. v. Dominion Ins. Corpn. et al.* (Man.), leave to appeal refused with costs, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Louison v. The Queen* (Sask.), leave to appeal refused, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Miller et al. v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 16.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*M/S Apparel Ltd. v. Gardner* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Nesbitt v. Ernst et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Norgren v. The Queen* (B.C.)., leave to appeal refused, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Nu-West Homes Ltd. v. Thunderbird Petroleuma Ltd.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Osborne v. The Queen* (B.C.), leave to appeal refused, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée.

*Packers Ltd. v. Northland Ind. Ltd. et al.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Parag v. Min. Man. & Imm.* (F.C.A.), leave to appeal refused, 20.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Parent v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Pedneault v. Brochu et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Pillar Construction Ltd. v. Atty. General of Canada* (Ont.), notice of discontinuance filed, 29.9.75, avis de désistement produit.

*Posluns v. Casselman* (Ont.), notice of discontinuance filed, 11.12.75, avis de désistement produit.

*Poulin v. Larose* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Proc. Gén. Qué. v. Vézina Inc.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 20.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*R. v. Anthes Business Forms Ltd. et al.* (Ont.), leave to appeal refused, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Clark* (N.B.), leave to appeal refused, 20.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Giraldi* (B.C.), leave to appeal refused, 17.11.75, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Meloche* (Qué.), leave to appeal refused, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée.

*Refinery Canada Ltd. v. Sous-Min. Revenu P.Q.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Regional Mun. Ottawa-Carleton v. Arnold Slover Properties* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 20.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Revenue Properties Central Developments Ltd. et al. v. Central Mortgage & Housing Corp.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Rex Plumbing & Heating Services (Mtl.), Inc. v. Corp. des Maîtres Mécaniciens en tuyauterie du Québec* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Roy v. Banque Canadienne Nationale* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Royal Transportation Ltd. v. Glendenning Motorways Inc. et al.* (Man.), leave to appeal refused with costs, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Rupert's Land Trading v. Corporation City Vancouver* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 8.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Sales & Armand Ltd. et al. v. His Honour Judge Jacob* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Sam et al. v. C.P. Ltd. et al.* (B.C.), leave to appeal refused, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée.

*Senécal v. Engel et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Shell Canada Ltd. v. Can. General Electric Co. et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Shell Canada Ltd. v. Comm. des Accidents Travail du Qué. et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Shell Canada Ltd. v. Quadri et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Shell Canada v. Mun. Pincher Creek No. 9* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Shell Canada Ltd. v. Ville de Montréal et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.12.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Smith v. The Queen* (Man.), leave to appeal refused, 1.12.75, autorisation d'appeler refusée.

*Stokes v. The Queen* (Alta.), leave to appeal refused, 17.11.75, autorisation d'appeler refusée.

*Syndicat Prof. CEGEP Pocatière v. Hudon et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 20.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Tamassy v. Estok et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 18.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Transworld Shipping v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Trépanier v. Tremblay* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Ville Laval v. C.P. Ltée.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 3.11.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Willumsen & Larwill Const. v. Royal Ins. & Western Ins.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 7.10.75, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

# TABLE OF JUDGMENTS AND MOTIONS

# TABLE DES JUGEMENTS ET REQUÊTES


PAGE

## A

Act Oils Ltd. v. Pacific Petroleums Ltd. ..... vii
Adgey v. The Queen ..... 426
American-Lincoln Corp. *et al.* v. Plant Maintenance Equipment Co. Ltd. *et al.* ..... vii
Angle v. M.N.R. ..... 248
Anthes Business Forms Ltd. *et al.*, R. v. ..... ix
Appleby v. M.N.R. ..... 805
Armadale Publishers Ltd. *et al.*, Burt *et al.* v. ..... vii
Arnold Slover Properties, Regional Mun. Ottawa-Carleton v. ..... ix
Arundell Developments Ltd. v. Jager Holdings (Calgary) Ltd. ..... vi
Asody, Taylor v. ..... 414
Assh Saul Co. Ltée., Sauriol *et al.* v. ..... v
A.G. for British Columbia *et al.* v. Parkland Private Hospital Ltd. ..... 47
A.G. Canada, Avtar Singn v. ..... vii
A.G. of Canada v. Carlson ..... vii
A.G. of Canada, McCaud v. ..... v
A.G. of Canada, Pillar Const. Ltd. v. ..... ix
A.G. of New Brunswick, Jones v. ..... 182
A.G. Ont. *et al.* v. Orangeville Highland Ltd. *et al.* ..... vii
A.G. of Ontario v. Reale ..... 624
Augdome Corporation Ltd. v. Gray *et al.* ..... 354
Auld *et al.* v. Wallace's Moving Storage Ltd. *et al.* ..... 820
Avtar Singn v. A.G. Canada ..... vii
A. & W. Restaurants & Coronation Enterprises Ltd. v. Eaton Co. Ltd. ..... vii

## B

Badall, R. v. ..... 503
Bailey v. The Queen ..... vii
Bank of Montreal, Fechter *et al.* v. ..... viii
Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd. ..... 546
Banque Canadienne Nationale, Roy v. ..... ix

PAGE

Baribeau *et al.* v. Société Nationale de Fiducie *et al.* ..... vii
Baribeau-Lapointe *et al.*, Gosselin v. ..... viii
Bédard, Concrete Column Clamps (1961) Ltd. v. ..... viii
Bégin v. Metal Rousseau Inc. ..... vii
Berger v. The Queen ..... vii
Bergeron & Fils Ltée, Bilodeau v. ..... 345
Bethlehem Copper Corp. Ltd., M.N.R. v. ..... 790
Beverage Dispensers & Culinary Workers Union, Local 835 v. Terra Nova Motor Inn Ltd. ..... 749
Bilodeau v. Bergeron & Fils Ltée ..... 345
Black River—Matheson, Township of v. Hedman Mines Ltd. ..... v
Blinkoff *et al.* v. M.N.R. ..... vii
Blouin Drywall Contractors Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 2486 ..... vii
Bolton v. The Queen ..... vii
Boucherville, Savaria v. ..... v
Bourque *et al.* v. Chartier
Bourque *et al.*, Eccles v. ..... 739
Brochu *et al.*, Pedneault v. ..... ix
Brunswick Construction Ltée v. Nowlan ..... 523
Burns & Roe Inc. *et al.*, Deuterium of Canada Ltd. *et al.* v. ..... 124
Burt *et al.* v. Armadale Publishers Ltd. *et al.* ..... vii

## C

Calgary Power Ltd. v. City of Camrose ..... 465
Caloil Inc. v. The Queen ..... vii
Camden Cooper Garments Ltd. v. Rose-Tex Mills Ltd. ..... vii
Camrose City of, Calgary Power Ltd. v. ..... 465
Canada Safeway Ltd., Grandbois v. ..... v
Canada Steamship Lines Ltd. & J. H. Tremblay, *et al.* v. Restaurant Riviera Inc. ..... vii
Canada Steamship Lines Ltd., Restaurant Riviera Inc. v. ..... v
Canadian Equipment Sales & Ser., Continental Ins. Co. v. ..... viii

| | PAGE |
|---|---|
| Canadian General Electric Co. *et al.*, Shell Canada Ltd. v. | x |
| Canadian Long Island Petroleums Ltd. *et al.* v. Irving Industries Ltd. | 715 |
| C.N.R., Linton Const. Ltd. v. | 678 |
| Canadian Pacific Ltd. *et al.*, Good v. | viii |
| C.P. Ltd. *et al.*, Sam *et al.* v. | x |
| C.P. Ltée, Ville Laval v. | x |
| Canadian Rock Salt Co. Ltd. v. The Queen | vii |
| Canadian Union of Public Employees, Local No. 50, Victoria, City of v. | v |
| Carlson, A.G. of Canada v. | vii |
| Casselman, Posluns v. | ix |
| Cavan, Wilcox v. | 663 |
| Central Mortgage & Housing Corp., Revenue Properties Central Developments Ltd. *et al.* v. | ix |
| Centrale de l'Enseignement du Québec. v. Ministre Justice de la Province de Québec | vii |
| Centre Commercial Lévis v. Leclerc | viii |
| Century Ins. Co. of Canada *et al.*, Coast Ferries Ltd. v. | 477 |
| Chamney v. The Queen | 151 |
| Chartier, Bourque *et al.* v. | vii |
| Cie du Marché Central Métropolitain Ltée v. Ville de Montréal | viii |
| Clairol Inc. of Canada, Trudel v. | 236 |
| Clark, R. v. | ix |
| Coast Ferries Ltd. v. Century Ins. Co. of Canada *et al.* | 477 |
| Coley v. Min. Man. & Imm. | viii |
| Comm. des Accidents Travail du Qué. *et al.*, Shell Canada Ltd. v. | x |
| Concrete Column Clamps (1961) Ltd. v. Bédard | viii |
| Construction St-Hilaire Ltée, Immeubles Fournier Inc. *et al.* v. | 2 |
| Continental Grain Co. (Can.) Ltd. *et al.* v. Montana Mustard Seed Co., Inc. *al. et al.* | v |
| Continental Ins. Co. v. Canadian Equipment Sales & Ser. | viii |
| Corbett v. The Queen | 275 |
| Corothers *et al.* v. Slobodian *et al.* | 633 |
| Corpn. Borough of East York, Farlinger Developments Ltd. v. | viii |
| Corp. des Maîtres Mécaniciens en tuyauteries du Qué., Rex Plumbing & Heating Services Inc. v. | ix |
| Côté v. Taylor | x |
| Couloume, Hôtel-Dieu de Montréal v. | 115 |
| Crosby v. O'Reilly *et al.* | 381 |
| Currie *et al.* v. The Queen | viii |

**D**

| | |
|---|---|
| Denis *et al.* v. The Queen | viii |
| Deuterium of Canada Ltd. *et al.* v. Burns & Roe Inc. *et al.* | 124 |
| DeVries (Hollander) v. Minister of Man. & Imm. | v |
| Dobberthien v. The Queen | 560 |
| Dominion Ins. Corpn. *et al.*, Kozak *et al.* v. | ix |
| Dorn *et al.*, Porteous v. | 37 |
| Dowse Woodwork Ltd., Ferro Machinery v. | viii |

**E**

| | |
|---|---|
| Eady v. Tenderenda | 599 |
| Eaton Co. Ltd., A. & W. Restaurants & Coronation Enterprises Ltd. v. | vii |
| Eccles v. Bourque *et al.* | 739 |
| Edinger *et al.* v. The Queen | viii |
| Elizabeth Townhouses Ltd. v. Sigurdson | 449 |
| Ellam v. Ellam | viii |
| Engel *et al.*, Fredette v. | viii |
| Engel *et al.*, Senécal v. | x |
| Ernst *et al.*, Nesbitt v. | ix |
| Esquire Club Inc. *et al.*, Montreal (City of) v. | 32 |
| Estok *et al.*, Tamassy v. | x |

**F**

| | |
|---|---|
| Farlinger Developments Ltd. v. Corpn. Borough of East York | viii |
| Fechter *et al.* v. Bank of Montreal | viii |
| Fergus, Neilson v. | v |
| Ferro Machinery v. Dowse Woodwork Ltd. | viii |
| Fredette v. Engel *et al.* | viii |
| French, Law Society of Upper Canada v. | 767 |
| Frias v. Min. Man. & Imm. | viii |
| Fuller v. The Queen | 121 |

**G**

| | |
|---|---|
| Gardner, M/S Apparel Ltd. v. | ix |
| Gerhold *et al.*, Honan v. | 866 |
| Gionis v. Schmeltzer *et al.* | v |
| Giraldi, R. v. | ix |
| Glendenning Motorways Inc. *et al.*, Royal Transportation Ltd. v. | x |
| Goldsworthy v. Thompson | 271 |

| | PAGE |
|---|---|
| Good v. Canadian Pacific Ltd. *et al.* | viii |
| Gosselin v. Baribeau-Lapointe *et al.* | viii |
| Grandbois v. Canada Safeway Ltd. | v |
| Gratia v. Min. Man. & Imm. | viii |
| Gray *et al.*, Augdome Corporation Ltd. v. | 354 |
| Grayson v. The Queen | viii |
| Grey & Lafferty v. Montreal Stock Exchange *et al.* | viii |
| Greyhounds Lines v. Office & Technical Emp. Union | viii |

**H**

| | |
|---|---|
| Halifax City of v. Johnson *et al.* | viii |
| Hall v. Johnson | viii |
| Harrison v. The Queen | 95 |
| Hartikainen v. Kane | viii |
| Heath *et al.* v. Kane *et al.* | viii |
| Hedman Mines Ltd., Black River—Matheson, Township of v. | v |
| Henri v. La Reine | viii |
| Hickey v. Humfrey *et al.* | viii |
| Hill v. The Queen | 402 |
| Hogan v. The Queen | 574 |
| Honan v. Gerhold *et al.* | 866 |
| Hôpital Bellechasse v. Pilotte | 454 |
| Hôpital Notre-Dame v. Patry | 388 |
| Hôtel-Dieu de Montréal v. Couloume | 115 |
| Hudon *et al.*, Syndicat Prof. CEGEP Pocatière v. | x |
| Humfrey *et al.*, Hickey v. | viii |
| Hunter *et al.* v. Hurlburt | viii |
| Hurlburt, Hunter *et al.* v. | viii |

**I**

| | |
|---|---|
| Immeubles Fournier Inc. *et al.* v. Construction St-Hilaire Ltée | 2 |
| Irving Industries Ltd., Canadian Long Island Petroleums Ltd. *et al.* v. | 715 |
| Isabelle v. Jolicoeur *et al.* | ix |

**J**

| | |
|---|---|
| Jacob His Honour Judge, Sales & Armand Ltd. *et al.* v. | x |
| Jager Holdings (Calgary) Ltd., Arundell Developments Ltd. v. | vi |
| J.D.F. Builders Ltd. v. Pearl Management Ltd. | 846 |
| Johnson *et al.*, City of Halifax v. | viii |
| Johnson, Hall v. | viii |
| Johnson v. The Queen | 160 |
| Jolicoeur *et al.*, Isabelle v. | ix |
| Jones v. A.G. of New Brunswick | 182 |

**K**

| | |
|---|---|
| Kane, Hartikainen v. | viii |
| Kane *et al.*, Heath *et al.* v. | viii |
| Kerr-Addison Mines Ltd., Veinot v. | 311 |
| Kildonan Concrete Products Ltd., Winnipeg City of v. | vi |
| Klint, Lapointe v. | 539 |
| Kohne *et al.* v. The Queen | ix |
| Kozak *et al.* v. Dominion Ins. Corpn. *et al.* | ix |

**L**

| | |
|---|---|
| Lafrance v. The Queen | 201 |
| Lapointe v. Klint | 539 |
| Larose, Poulin v. | ix |
| Laval Ville v. C.P. Ltée | x |
| Law Society of Upper Canada v. French | 767 |
| Leaman *et al.*, MacInnes v. | v |
| Leclerc, Centre Commercial Lévis v. | viii |
| Levy *et al.* v. Manley | 70 |
| Linton Construction Ltd. v. C.N.R. | 678 |
| Louison v. The Queen | ix |
| Lovis, The Queen v.; Moncini, The Queen v. | 294 |

**M**

| | |
|---|---|
| MacInnes v. Leaman *et al.* | v |
| Manley, Levy *et al.* v. | 70 |
| Maroney, R. v. | 306 |
| Marsolais-Lavallée v. The Heirs of Michel Villemaire *et al.* | v |
| McCaud v. A.G. of Canada | v |
| Meloche, R. v. | ix |
| Metal Rousseau Inc., Bégin v. | vii |
| Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd., Bank of Montreal v. | 546 |
| Miller *et al.* v. The Queen | ix |
| Min. Man. & Imm., Coley v. | viii |

| | PAGE |
|---|---|
| Min. Man. & Imm., DeVries (Hollander) v. | v |
| Min. Man. & Imm., Frias v. | viii |
| Min. Man. & Imm., Gratia v. | viii |
| Min. Man. & Imm., Parag v. | ix |
| M.N.R., Angle v. | 248 |
| M.N.R., Appleby v. | 805 |
| M.N.R. v. Bethlehem Copper Corp. Ltd. | 790 |
| M.N.R., Blinkoff *et al.* v. | vii |
| M.N.R. v. Stickel | 233 |
| Ministre Justice de la Province de Québec, Centrale de l'Enseignement du Québec v. | vii |
| Montana Mustard Seed Co., Inc. *et al.*, Continental Grain Co. (Can.) Ltd. *et al.* v. | v |
| Montreal (City of) v. Esquire Club Inc. *et al.* | 32 |
| Montreal (City of), Sauro v. | v |
| Montreal Stock Exchange *et al.*, Grey & Lafferty v. | viii |
| Montréal Ville de, Cie du Marché Central Métropolitain Ltée v. | viii |
| Montréal *et al.* Ville de, Shell Canada Ltd. v. | x |
| M/S Apparel Ltd. v. Gardner | ix |
| Mun. Pincher Creek No. 9, Shell Canada v. | x |

## N

| | |
|---|---|
| Nabis, R. v. | 485 |
| Nash v. Nash | 507 |
| Neilson v. Fergus | v |
| Nesbitt v. Ernst *et al.* | ix |
| Norgren v. The Queen | ix |
| Northland Ind. Ltd. *et al.*, Packers Ltd. v. | ix |
| Nova Scotia (The Queen in right of the Province of) v. Pow Investments Ltd. | 86 |
| Nowlan, Brunswick Construction Ltée v. | 523 |
| Nu-West Homes Ltd. v. Thunderbird Petroleuma Ltd. | ix |

## O

| | |
|---|---|
| Office & Technical Emp. Union, Greyhound Lines v. | viii |
| Olmstead, Vancouver-Fraser Park District v. | 831 |
| Orangeville Highland Ltd. *et al.*, A.G. Ont. *et al.* v. | vii |
| O'Reilly et al., Crosby v. | 381 |
| Osborne v. The Queen | ix |
| Osmack *et al.*, Stan Reynolds Auto Sales Ltd. *et al.* v. | v |
| Ottawa-Carleton, Regional Municipality of v. Arnold Slover Properties | ix |

## P

| | |
|---|---|
| Pacific Petroleums Ltd., Act Oils Ltd. v. | vii |
| Packers Ltd. v. Northland Ind. Ltd. *et al.* | ix |
| Parag v. Min. Man. & Imm. | ix |
| Parent v. La Reine | ix |
| Parkland (County of) v. Stetar *et al.* | 884 |
| Parklane Private Hospital Ltd., A.G. for British Columbia *et al.* v. | 47 |
| Patry, Hôpital Notre-Dame v. | 388 |
| Pearl Management Ltd., J.D.F. Builders Ltd. v. | 846 |
| Pedneault v. Brochu *et al.* | ix |
| Pillar Construction Ltd. v. A.G. of Canada | ix |
| Pilotte, Hôpital Bellechasse v. | 454 |
| Plant Maintenance Equipment Co. Ltd. & Plant Maintenance Equipment (Eastern Ltd.), American-Lincoln Corp. *et al.* v. | vii |
| Porteous v. Dorn *et al.* | 37 |
| Posluns v. Casselman | ix |
| Poulin v. Larose | ix |
| Pow Investments Ltd., Nova Scotia (The Queen in right of the Province of) v. | 86 |
| Proc. Gén. Qué. v. Vézina Inc. | ix |

## Q

| | |
|---|---|
| Quadri *et al.*, Shell Canada Ltd. v. | x |

## R

| | |
|---|---|
| R., Adgey v. | 426 |
| R. v. Anthes Business Forms Ltd. *et al.* | ix |
| R. v. Badall | 503 |
| R., Bailey v. | vii |
| R., Berger v. | vii |
| R., Bolton v. | vii |
| R., Caloil Inc. v. | vii |
| R., Canadian Rock Salt Co. Ltd. v. | vii |
| R., Chamney v. | 151 |
| R. v. Clark | ix |
| R., Corbett v. | 275 |
| R., Currie *et al.* v. | viii |

| | PAGE |
|---|---|
| R., Denis *et al.* v. | viii |
| R. v. Dobberthien | 560 |
| R., Edinger *et al.* v. | viii |
| R., Fuller v. | 121 |
| R. v. Giraldi | ix |
| R., Grayson v. | viii |
| R., Harrison v. | 95 |
| R., Henri v. | viii |
| R., Hill v. | 402 |
| R., Hogan v. | 574 |
| R., Johnson v. | 160 |
| R., Kohne *et al.* v. | ix |
| R., Lafrance v. | 201 |
| R., Louison v. | ix |
| R. v. Lovis; R. v. Moncini | 294 |
| R. v. Maroney | 306 |
| R. v. Meloche | ix |
| R., Miller *et al.* v. | ix |
| R. v. Nabis | 485 |
| R., Norgren v. | ix |
| R., Osborne v. | ix |
| R., Parent v. | ix |
| R., Rondeau *et al.* v. | v |
| R., Smith v. | x |
| R., Stokes v. | x |
| R., Transworld Shipping v. | x |
| R. v. Vinette | 222 |
| R., Wolf v. | 107 |
| Reale, A.G. of Ontario v. | 624 |
| Refinery Canada Ltd. v. Sous-Min. Revenu P.Q. | ix |
| Restaurant Riviera Inc., Canada Steamship Lines Ltd. & J. H. Tremblay, *et al.* v. | vii |
| Retzer v. Retzer | 881 |
| Revenue Properties Central Developments Ltd. *et al.* v. Central Mortgage & Housing Corp. | ix |
| Rex Plumbing & Heating Services Inc. v. Corp. des Maîtres Mécaniciens en tuyauteries du Qué | ix |
| Rondeau *et al.* v. La Reine | v |
| Roper v. Royal Victoria Hospital *et al.* | 62 |
| Rose-Tex Mills Ltd., Camden Cooper Garments Ltd. v. | vii |
| Roy v. Banque Canadienne Nationale | ix |
| Royal Ins. & Western Ins., Willumsen & Larwill Const. v. | x |
| Royal Transportation Ltd. v. Glendenning Motorways Inc. *et al.* | x |
| Royal Victoria Hospital *et al.*, Roper v. | 62 |
| Rupert's Land Trading v. Corpn. of the City of Vancouver | x |

## S

| | PAGE |
|---|---|
| Sales & Armand Ltd. *et al.* v. His Honour Judge Jacob | x |
| Sam *et al.* v. C.P. Ltd. *et al.* | x |
| Sault Ste-Marie (City of), Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. | 78 |
| Sauriol *et al.* v. Assh Saul Co. Ltée | v |
| Sauro v. City of Montreal | v |
| Savaria v. Ville de Boucherville | v |
| Schmeltzer *et al.*, Gionis v. | v |
| Segal v. Segal *et al.* | v |
| Senécal v. Engel *et al.* | x |
| Shell Canada Ltd. v. Can. General Electric Co. *et al.* | x |
| Shell Canada Ltd. v. Comm. des Accidents Travail du Qué. *et al.* | x |
| Shell Canada Ltd. v. Mun. Pincher Creek No. 9 | x |
| Shell Canada Ltd. v. Quadri *et al.* | x |
| Shell Canada Ltd. v. Ville de Montréal *et al.* | x |
| Sigurdson, Elizabeth Townhouses Ltd. v. | 449 |
| Slobodian *et al.*, Corothers *et al.* v. | 633 |
| Smith v. The Queen | x |
| Smith-Gent Advertising Ltd. v. The Katz Agency Inc. | v |
| Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. Corpn. of the City of Sault Ste. Marie | 78 |
| Société Nationale de Fiducie *et al.*, Baribeau *et al.* v. | vii |
| Sous-Min. Revenu P.Q., Refinery Canada Ltd. v. | ix |
| Stan Reynolds Auto Sales Ltd. *et al.* v. Osmack *et al.* | v |
| Stetar *et al.*, Parkland (County of) v. | 884 |
| Stickel, M.N.R. v. | 233 |
| Stokes v. The Queen | x |
| Syndicat Prof. CEGEP Pocatière v. Hudon *et al.* | x |

## T

| | PAGE |
|---|---|
| Tamassy v. Estok *et al.* | x |
| Taylor v. Asody | 414 |
| Taylor, Côté v. | v |
| Tenderenda, Eady v. | 599 |
| Terra Nova Motor Inn Ltd., Beverage Dispensers & Culinary Workers Union, Local 835 v. | 749 |
| The Heirs of Michel Villemaire *et al.*, Marsolais-Lavallée v. | v |
| The Katz Agency Inc., Smith-Gent Advertising Ltd. v. | v |

| | PAGE |
|---|---|
| Thompson, Goldsworthy v. | 271 |
| Thunderbird Petroleuma Ltd., Nu-West Homes Ltd. v. | ix |
| Transworld Shipping v. The Queen | x |
| Tremblay *et al.*, Canada Steamship Lines Ltd. v. | vii |
| Tremblay, Trépanier v. | x |
| Trépanier v. Tremblay | x |
| Trudel v. Clairol Inc. of Canada | 236 |

U

| | |
|---|---|
| United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 2486, Blouin Drywall Contractors Ltd. v. | vii |

V

| | |
|---|---|
| Vancouver City of, Rupert's Land Trading v. | x |
| Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead | 831 |
| Veinot v. Kerr-Addison Mines Ltd. | 311 |
| Vézina Inc., Proc. Gén. Qué. v. | ix |
| Victoria, City of v. Canadian Union of Public Employees, Local No. 50 | v |
| Vinette, R. v. | 222 |

W

| | |
|---|---|
| Watson *et al.*, Westland Carriers Ltd. *et al.* v. | v |
| Westland Carriers Ltd. *et al.* v. Watson *et al.* | v |
| Wilcox v. Cavan | 663 |
| Willumsen & Larwill Const. v. Royal Ins. & Western Ltd. | x |
| Winnipeg, City of v. Kildonan Concrete Products Ltd. | vi |
| Wolf v. The Queen | 107 |

# TABLE OF CASES CITED

# TABLE DES CAUSES CITÉES


| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **A** | | |
| Addie & Sons (Collieries) v. Dumbreck | [1929] A.C. 358 | 314, 330 |
| Albay Realty Ltd. v. Dufferin-Lawrence Development Ltd. | (1956), 2 D.L.R. (2d)604 | 735 |
| Aleman v. Blair & Canadian Sugar Factories Ltd. | (1963), 44 W.W.R. 530 | 896 |
| Angle v. M.N.R. | [1969] C.T.C. 624 | 260 |
| Apollinaris Company's Trade-Marks, Re | [1891] 2 Ch. 186 | 243 |
| Asconi Bldg. Corp. v. Vocisano | [1947] S.C.R. 358 | 12, 25 |
| Atlantic Shipping & Trading Co. v. Louis Dreyfus & Co. | [1922] 2 A.C. 250 | 147 |
| A.G. for Canada v. A.G. for British Columbia | [1930] A.C. 111 | 14 |
| A.G. of Ontario v. Barfried Enterprises Ltd. | [1963] S.C.R. 570 | 10, 25 |
| A.G. of Quebec v. A.G. of Canada | [1945] S.C.R. 600 | 15 |
| A.G. for Trinidad & Tobago v. Eriché | [1893] A.C. 518 | 257 |
| **B** | | |
| Baker v. Hopkins & Sons Ltd. | [1959] 1 W.L.R. 966 | 639 |
| Baker v. Longhurst & Sons Ltd. | [1933] 2 K.B. 461 | 646 |
| Barone v. United States | (1953), 205F 2d 909 | 229 |
| Beaver v. The Queen | [1957] S.C.R. 531 | 408 |
| Bechtold v. Osbaldeston | [1953] 2 S.C.R. 177 | 385 |
| Benham v. Gambling | [1941] A.C. 157 | 385 |
| Berkeley Peerage Case | (1811), 4 Camp. 401 | 43 |
| Black v. Besse | (1887), 12 O.R. 522 | 571 |
| Blair v. Curran | (1939), 62 C.L.R. 464 | 263 |
| Bolam v. Friern Hospital | [1957] 2 All E.R. 118 | 601 |
| Bonhote v. Henderson | [1895] 1 Ch. 742 | 374 |
| Bonior v. Siery Ltd. | [1968] N.Z.L.R. 254 | 861 |
| Borthwick v. Elderslie Steamship Company | [1905] 2 K.B. 516 | 379 |
| Boykin v. Alabama | (1969), 395 U.S. 238 | 446 |
| British Fame v. MacGregor | [1943] 1 All E.R. 33 | 423 |
| British Railways Board v. Herrington | [1972] A.C. 877 | 326 |
| Broken Hill Proprietary Co. Ltd. v. Broken Hill Municipal Council | [1926] A.C. 94 | 265 |
| Brosseau v. The Queen | [1969] S.C.R. 181 | 429, 442 |
| Brown v. Thompson | [1968] 2 All E.R. 708 | 423 |
| Brownridge v. The Queen | [1972] S.C.R. 926 | 580, 586 |
| Burdett v. Abbott | (1811), 14 East. 1, 104 E.R. 501 | 747 |
| Butler v. Mountview Estates Ltd. | [1951] 2 K.B. 563 | 372 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **C** | | |
| Caffoor v. Income Tax Commissioner | [1961] A.C. 584 | 265 |
| Calder v. The Queen | [1960] S.C.R. 892 | 113 |
| Caledonian Ins. Co. v. Gilmour | [1892] A.C. 85 | 135 |
| Canadian-Dominion Leasing Corp. Ltd. v. Suburban Superdrug Ltd. | (1966), 56 W.W.R. 396, 56 D.L.R. (2d) 43 | 712 |
| Canadian Mortgage Investment Co. v. Cameron | (1917), 55 S.C.R. 409 | 25 |
| Canadian Pacific Railway Co. v. Robinson | (1891), 19 S.C.R. 292 | 395 |
| Canadian Youth Hostels Assn. v. Bennet | [1973] C.A. 1090 | 398 |
| Cardin v. Cité de Montréal *et al.* | [1961] S.C.R. 655 | 117, 602, 676 |
| Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2) | [1967] 1 A.C. 853 | 254, 263, 266 |
| Caron v. Abbott | (1887), 3 S.C. 375 | 393 |
| Carpenter v. Carpenter | (1908), 15 O.L.R. 9 | 815 |
| Caven v. Canadian Pacific Railway | (1926), 95 L.J.P.C. (N.S.) 23 | 133 |
| Cayzer, Irvine & Co. v. Board of Trade | [1927] 1 K.B. 269 | 132 |
| Century Indemnity Co. v. Rogers & Fitzgerald | [1932] S.C.R. 529 | 352 |
| Chandler v. Horne | (1842), 2 M. & Rob. 423, 174 E.R. 338 | 570 |
| Chapman v. Hearse | (1961), 106 C.L.R. 112 | 642 |
| City of Montreal v. Montreal Street Railway | [1912] A.C. 333 | 156 |
| City of Prince Albert v. Underwood McLellan & Associates Ltd. | [1969] S.C.R. 305 | 535 |
| City of Verdun v. Sun Oil Co. Ltd. | [1952] 1 S.C.R. 222 | 352 |
| Colosacco v. United States | (1952), 196 F. 2d 165 | 230 |
| Comer v. Kowaluk | [1938] O.R. 655 | 869 |
| Commissioner for Railways (N.S.W.) v. Cardy | (1960), 104 C.L.R. 274 | 315, 336 |
| Commissioner for Railways v. Quinlan | [1964] A.C. 1054 | 315, 334 |
| Cook v. Nethercotte | (1835), 6 Car. & P. 741, 172 E.R. 1443 | 570 |
| Côté v. Morgan | (1881), 7 S.C.R. 1 | 246 |
| Coupland Acceptance Ltd. v. Walsh | [1954] S.C.R. 90 | 12, 26, 28 |
| Crears v. Hunter | (1887), 19 Q.B.D. 341 | 864 |
| Crits v. Sylvester | [1956] S.C.R. 991 | 608 |
| Curlett v. Minister of Nat. Rev. | [1961] Ex. C.R. 427, affd. 62 D.T.C. 1320 | 256 |
| Curtis, Re | (1756), Fost. 135; 168 E.R. 67 | 746 |
| **D** | | |
| Dale v. Toronto R. Co. | (1915), 24 D.L.R. 413 | 829 |
| Dancyger & Alberta Pharmaceutical Association, Re | (1970), 17 D.L.R. (3d) 206 | 775, 787 |
| David v. Swift | (1910), 44 S.C.R. 179 | 135 |
| Davis v. Lisle | [1936] 2 K.B. 434 | 745 |
| Doel v. Kerr | (1915), 34 O.L.R. 251 | 373 |
| Doleman & Sons v. Ossett Corp. | [1912] 3 K.B. 257 | 143 |
| Donoghue v. Stevenson | [1932] A.C. 562 | 339 |
| Duchess of Kingston's case | (1776), 20 St. Tr. 355, 538n | 255, 267 |
| **E** | | |
| East Crest Oil Co. Ltd. v. The King | [1945] S.C.R. 191 | 334 |
| Edwards v. Railway Executive | [1952] A.C. 737 | 314, 328 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Eisenberg v. Bank of Nova Scotia *et al.* | [1965] S.C.R. 681 | 859 |
| Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd. | (1965), 48 C.P.R. 109 | 243 |
| Eli Rowley case | (1948), 32 Cr. App. R. 147 | 229 |

## F

| | | |
|---|---|---|
| Feener v. McKenzie | [1972] S.C.R. 525 | 619, 657 |
| Fenton v. Thorley & Co. Ltd. | [1903] A.C. 443 | 406, 412 |
| Finlay & Finlay v. Auld | [1975] 1 S.C.R. 338 | 604, 675 |
| Fonseca v. A.G. of Canada | (1889), 17 S.C.R. 612 | 268 |
| Franklin v. Ciceri | (1930), 69 C.S. 1 | 13 |
| Freshwater v. Western Australian Assurance Co. | [1933] 1 K.B. 515 | 146 |
| Frobisher Ltd. v. Canadian Pipelines & Petroleums Ltd. *et al.* | [1960] S.C.R. 126 | 729 |
| Frome United Breweries Co. Ltd. & Keepers of the Peace & Justices for County Borough of Bath | [1926] A.C. 586 (H.L.) | 788 |

## G

| | | |
|---|---|---|
| G. v. C. | [1960] Que. Q.B. 161 | 400 |
| General Foods Ltd. v. Struthers Scientific & Inter. Corp. | [1974] S.C.R. 98 | 556 |
| General Medical Council v. Spackman | [1943] A.C. 627 | 462 |
| Gent v. Wilson | [1956] O.R. 257 | 619 |
| Glassman & Council of the College of Physicians & Surgeons, Re | [1966] 2 O.R. 81 | 786 |
| Glinert v. Kosztowniak | [1972] 2 O.R. 284 | 13 |
| Godfrey Etc. Ltd. v. Coles Book Stores Ltd. | (1973), 1 O.R. (2d) 362 | 246 |
| Gorman v. Hertz | [1966] S.C.R. 13 | 874 |
| Grand Trunk Railway Co. of Canada v. Barnett | [1911] A.C. 361 | 333 |
| Grey Coach Lines Ltd. v. Payne | [1945] S.C.R. 614 | 844 |
| Griffith v. Harwood | (1900), 9 Que. Q.B. 299 | 391, 394, 397, 399 |
| Guay v. Lafleur | [1965] S.C.R. 12 | 67 |
| Guérin v. Manchester Fire Ins. Co. | (1898), 29 S.C.R. 139 | 135, 147 |
| Haberl v. Richardson | [1951] O.R. 302 | 869 |
| Hannan v. Bradford City Council | [1970] 2 All E.R. 690 | 773 |
| Hart v. Boutilier | (1916), 56 D.L.R. 620 | 370 |
| Hart v. Hall & Pickles, Ltd. | [1968] 3 All E.R. 291 | 896 |
| Hayduk *et al.* v. Pidoborozny *et al.* | [1972] S.C.R. 879 | 869 |
| Haynes v. Carter | (1906), 94 L.T. 431 | 41 |
| Haynes v. Harwood | [1935] 1 K.B. 146 | 639 |
| Hebert v. R. | [1955] S.C.R. 120 | 98, 103 |
| Hellenius & Leclerc v. Lees | [1972] S.C.R. 165 | 603 |
| Herrington v. British Railways Board | [1972] A.C. 877 | 315 |
| Heyman v. Darwins Ltd. | [1942] A.C. 356 | 132 |
| Hirshman v. Beal | (1916), 38 O.L.R. 40 | 220 |
| Hôpital Ste-Jeanne d'Arc v. Garneau | [1961] S.C.R. 426 | 462 |
| Horsley v. MacLaren | [1972] S.C.R. 441 | 640 |
| Horton v. Sayer | (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993 | 147 |
| Hôtel-Dieu de Montréal v. Couloume | [1975] 2 S.C.R. 115 | 604 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation | (1921), 29 C.L.R. 537, [1926] A.C. 155 | 254, 265 |
| Hurley v. Institute of Chartered Accountants of Manitoba | (1949), 93 C.C.C. 345 | 775 |
| Hutchison v. Royal Institution for the Advancement of Learning | [1932] S.C.R. 57 | 864 |

## J

| | | |
|---|---|---|
| Jamieson v. Harris | (1905), 35 S.C.R. 625 | 837 |
| Jankelson v. C.N. Telegraphs | [1931] 1 W.W.R. 337, [1931] 2 D.L.R. 86, 25 Alta. L.R. 230 | 687 |
| Johnson v. Leigh | (1815), 6 Taunt. 246, 128 E.R. 1029 | 744 |
| Johnstone v. Johnstone | [1969] 2 O.R. 765 | 520 |
| Jorgenson v. A.G. of Canada | [1971] S.C.R. 725 | 154 |
| Joscelyne v. Nissen | [1970] 2 Q.B. 86 | 371 |

## K

| | | |
|---|---|---|
| Kanda v. Government of the Federation of Malaya | [1962] A.C. 322 | 462 |
| Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis | [1956] 2 All E.R. 866, [1956] 1 W.L.R. 936 | 684, 692 |
| Kienapple v. The Queen | [1975] 1 S.C.R. 729 | 498 |
| Kilgoram Hotels Ltd. *et al.* v. Samek *et al.* | [1968] S.C.R. 3 | 26 |
| King v. The Queen | [1969] 1 A.C. 304 | 584 |
| King v. University of Saskatchewan | [1969] S.C.R. 678 | 783 |
| King George Highway Hospital Ltd. v. Corpn. of the District of Surrey | [1971] S.C.R. vi | 52 |
| Kingston Light, Heat & Power Co. v. Corpn. of Kingston | (1904), 20 T.L.R. 448 | 475 |
| Kolodychuk v. Squire | [1973] S.C.R. 303 | 415, 420 |
| Komo Construction Inc. & Les Constructions du St-Laurent Ltée v. Quebec Labour Relations Bd. | [1968] S.C.R. 172 | 65 |
| Kumpas v. Kumpas | (1969), 71 W.W.R. 317, [1970] S.C.R. 438 | 518 |
| Kuruma v. The Queen | [1955] A.C. 197 | 594 |

## L

| | | |
|---|---|---|
| Lachman v. Lachman | [1970] 3 O.R. 29 | 511 |
| Lafrance v. The Queen | (1973), 23 C.R.N.S. 100, 13 C.C.C. (2d) 289 | 498 |
| La Ville de Louiseville v. Triangle Lumber Co. | [1951] S.C.R. 516 | 399 |
| Lalonde v. Kahkonen | [1972] 1 O.R. 91 | 419 |
| Latour v. The King | [1951] S.C.R. 19 | 98, 103 |
| Law v. Chartered Institute of Patent Agents | [1919] 2 Ch. 276 | 788 |
| Leeson v. General Council of Medical Education & Registration | (1889), 43 Ch. D. 366 | 775 |
| Lemay v. The King | [1952] 1 S.C.R. 232 | 232, 505 |
| Levy v. Bookspan | [1931] 2 D.L.R. 1007 | 13 |
| Lewis v. Graham | (1888), 20 Q.B.D. 780 | 815 |
| Lightburn v. Belmont Sales Ltd. *et al.* | (1969), 69 W.W.R. 734, 6 D.L.R. (3d) 692 | 712 |
| London Loan & Savings Co. v. Meagher | [1930] S.C.R. 378 | 11, 25, 27 |
| London & South Western Railway Co. v. Gomm | (1882), 20 Ch. D. 562 | 729 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Lord's Day Alliance of Canada v. A.G. of B.C. | [1959] S.C.R. 497 | 191 |
| Lumley v. Wagner | (1852), 1 De G.M. & G. 604, 42 E.R. 687 | 734 |
| Lyell v. Kennedy | (1889), 14 App. Cas. 437 (H.L.) | 43 |
| Lynch v. Canada North-Westland Co. | (1891), 19 S.C.R. 204 | 25 |

## M

| | | |
|---|---|---|
| Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co. | [1901] 2 Ch. 37 | 733 |
| Mapp v. Ohio | (1961), 367 U.S. 643 | 583, 596 |
| Marsh v. Kulchar | [1952] 1 S.C.R. 330 | 220 |
| Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier | [1969] S.C.R. 745 | 117, 604, 673 |
| Martin v. The Queen | (1971), 13 C.R.N.S. 348 | 506 |
| Mathews v. Dwan | [1949] N.Z.L.R. 1037 | 745 |
| Maynard v. Maynard | [1951] S.C.R. 346 | 519 |
| McCannell v. McLean | [1937] S.C.R. 341 | 619, 826, 838 |
| McCarthy v. United States | (1969), 394 U.S. 459 | 446 |
| McColl v. McColl | [1953] O.R. 1017 | 519 |
| McCormick v. Marcotte | [1972] S.C.R. 18 | 602 |
| McIntosh v. Parent | (1924), 55 O.L.R. 552 | 267 |
| McKay v. McKay | (1972), 23 D.L.R. (3d) 126 | 544 |
| McKay v. The Queen | [1965] S.C.R. 798 | 198 |
| McLean v. Pettigrew | [1945] S.C.R. 62 | 395 |
| McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd. | [1971] 1 O.R. 207, 15 D.L.R. (3d) 15 | 712 |
| McMillan v. Murray | [1935] S.C.R. 572 | 648, 659 |
| McMulkin v. Traders Bank of Canada | (1912), 26 O.L.R. 1 | 553 |
| Meacham v. Jamestown, F. & C.R. Co. | (1914), 105 N.E. 653, 211 N.Y. 346 | 147 |
| Merchant & Benchers of The Law Society of Saskatchewan, Re | (1972), 32 D.L.R. (3d) 178 | 775, 787 |
| Merryweather v. Nixan | (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337 | 899 |
| Metropolitan Railway Co. v. Wright | (1886), 11 App. Cas. 152 | 836 |
| M.N.R. v. MacLean Mining Co. Ltd. | [1970] S.C.R. 877 | 799 |
| Moore v. Lambeth County Court Registrar | [1969] 1 W.L.R. 141 | 569 |
| Morissette v. Catudal | (1897), 16 R.L. 486 | 393 |
| Morris v. Luton Corpn. | [1946] K.B. 114 | 646 |
| Morrish v. Murrey | (1844), 13 M. & W. 52, 153 E.R. 22 | 745 |
| Munro v. Pauly | [1956] R.L. 359 | 400 |
| Murphy v. C.P.R. | [1958] S.C.R. 626 | 195 |
| Murray v. Two Strokes Ltd. | [1973] 3 All E.R. 357 | 734 |

## N

| | | |
|---|---|---|
| Nance v. British Columbia Electric Railway Co. Ltd. | [1951] A.C. 601 | 874 |
| National Assistance Board v. Wilkinson | [1952] 2 Q.B. 648 | 710 |
| New Augarita Porcupine Mines Ltd. v. Gray | [1953] O.W.N. 24 | 357 |
| New Brunswick Railway Co. v. British & French Trust Corp. Ltd. | [1939] A.C. 1 | 267 |
| New York Trust Co. v. Eisner | (1921), 256 U.S. 345 | 758 |
| North Bay Mica Co. Ltd. v. M.N.R. | [1958] S.C.R. 597 | 799 |
| North Western Salt Co. Ltd. v. Electrolytic Alkali Co. Ltd. | [1914] A.C. 461 | 245 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **O** | | |
| O'Connor v. The Queen | [1966] S.C.R. 619 | 590 |
| Oliver v. Davis *et al.* | [1949] 2 K.B. 727 | 861, 862 |
| **P** | | |
| Pannett v. McGuinness & Co. Ltd. | [1972] 3 W.L.R. 387 | 317 |
| Parent v. Lapointe | [1952] 1 S.C.R. 376 | 117 |
| Parks v. Simpson | (1915), 33 O.L.R. 382 | 379 |
| Pejepscot Paper Co. v. Farren | [1933] S.C.R. 388 | 44 |
| People v. Defore | (1926), 242 N.Y. 13 | 595 |
| Peoples Loan & Deposit Co. v. Grant | (1890), 18 S.C.R. 262 | 24 |
| Poole & Thompson Ltd. v. McNally | [1934] S.C.R. 717 | 659 |
| Powley v. Mickleborough | (1910), 21 O.L.R. 556 | 376 |
| **R** | | |
| R. v. Alberta Securities Commission, *Ex parte* Albrecht | (1963), 36 D.L.R. (2d) 199 | 786 |
| R. v. Bamsey | [1960] S.C.R. 294 | 431 |
| R. v. Berry | (1957), 26 C.R. 218 | 226 |
| R. v. Briggs | (1930), 22 Cr. App. R. 68 | 571 |
| R. v. Byrne | [1968] 3 C.C.C. 179 | 500 |
| R. v. Carefoot | (1948), 90 C.C.C. 331 | 571 |
| R. v. Coffin, Re | [1956] S.C.R. 191 | 303 |
| R. v. DeMarco | (1973), 13 C.C.C. (2d) 369 | 100 |
| R. v. DiLorenzo | [1972] 1 O.R. 876, 6 C.C.C. (2d) 30 | 487, 501 |
| R. v. Doyle | (1886), 12 O.R. 347 | 594 |
| R. v. Drybones | [1970] S.C.R. 282 | 584, 590 |
| R. v. Eastern Trust | [1945] Ex. C.R. 115 | 93 |
| R. v. Exall | (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850 | 231 |
| R. v. Forde | [1923] 2 K.B. 400, 17 Cr. App. R. 99 | 430, 438 |
| R. v. Glenfield | [1934] 3 W.W.R. 465 | 108 |
| R. v. Great West News Ltd. | (1970), 72 W.W.R. 354 | 168 |
| R. v. Green | (1971), 1 C.C.C. (2d) 145 | 506 |
| R. v. Hutchings | (1881), 6 Q.B.D. 300 | 255 |
| R. v. Inglehart | [1968] 1 C.C.C. 211 | 290 |
| R. v. Jennings *et al.* | [1966] S.C.R. 532 | 892 |
| R. v. Johnson | (1913), 9 Cr. App. R. 57 | 492 |
| R. v. King | [1962] S.C.R. 746 | 407 |
| R. v. Law Society of Alberta, *ex parte* Demco | (1967), 64 D.L.R. (2d) 140 | 775 |
| R. v. Lee Kun | [1916] 1 K.B. 337 | 629 |
| R. v. Meunier | [1966] S.C.R. 399 | 629 |
| R. v. Milina | (1946), 86 C.C.C. 374 | 429, 441 |
| R. v. Misell | (1926), 19 Crim. App. R. 109 | 309 |
| R. v. Mohinder Singh Dhillon | [1973] 1 W.W.R. 510 | 290 |
| R. v. Moore | (1956), 40 Cr. App. R.50 | 226 |
| R. v. Morris | (1867), L.R.1 C.C.R. 90 | 709 |
| R. v. Morris | (1971), 56 Cr. App. R. 175 | 406, 412 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| R. v. Murphy, *ex parte* Belisle & Moreau | (1968), 69 D.L.R. (2d)530 | 197 |
| R. v. Nabis | [1973] 5 W.W.R. 351, 12 C.C.C. (2d) 268 | 486 |
| R. v. Optical Board of Registration | [1933]S. Aust. St. R. 1 | 777 |
| R. v. Patterson | [1968] 2 C.C.C. 152, (1967), 61 W.W.R. 379 | 108 |
| R. v. Pierce Fisheries Ltd. | [1971] S.C.R. 5 | 408 |
| R. v. Poynton | [1972] 3 O.R. 727 | 256 |
| R. v. Randolph | [1966] S.C.R. 260 | 67 |
| R. v. Reale | [1973] 3 O.R. 905 | 629 |
| R. v. Schlosser | (1951), 102 C.C.C. 187 | 100 |
| R. v. Scott | (1856), 25 L.J.M.C. 128 | 710 |
| R. v. Shymkowich | [1954] S.C.R. 606 | 433 |
| R. v. Solanke | [1970] 1 W.L.R. 1 | 492 |
| R. v. Steeves | [1964] 1 C.C.C. 266 | 590 |
| R. v. Syme | (1911), 27 T.L.R. 562 | 492 |
| R. v. Thompson | [1967] Crim. L.R. 62 | 571 |
| R. v. Vallilee | [1974] 2 O.R. (2d) 409 | 501 |
| R. v. Wallace | (1970), 74 W.W.R. 763, 1 C.C.C. (2d) 42 | 486, 498 |
| R. v. Wedge | (1973), 14 C.C.C. (2d) 490 | 100 |
| R. v. Wilkins | [1964] 2 O.R. 365, [1965] 2 C.C.C. 189 | 204, 210, 220, 500 |
| R. v. Williams | [1953] 1 Q.B. 660 | 214 |
| R. v. Wray | [1971] S.C.R. 272 | 582, 595 |
| Raffin v. Raffin | [1972] 1 O.R. 173 | 518 |
| Regent Taxi & Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie | [1929] S.C.R. 650 | 394 |
| Richardson v. Richardson | [1927] P. 228 | 553 |
| Robertson v. McAllister | (1912), 19 C.C.C. 441 | 411 |
| Rose v. Ford | [1937] A.C. 826 | 383 |
| Ross v. Dunstall, Ross v. Emery | (1921), 62 S.C.R. 393 | 397 |
| Royal British Bank v. Turquand | (1856), 6 El. & Bl. 327 | 856 |


## S


| | | |
|---|---|---|
| St-Hilaire v. S. | [1966] S.C. 249 | 400 |
| St-John Gas Light Co. v. Hatfield | (1894), 23 S.C.R. 164 | 837 |
| Salomon v. Salomon & Co. | [1897] A.C. 22 | 813 |
| Sanbay Developments Ltd. v. City of London | [1975] 1 S.C.R. 485 | 83 |
| Saumur v. City of Quebec | [1953] 2 S.C.R. 299 | 499 |
| Scotland v. Canadian Cartridge Co. | (1919), 59 S.C.R. 471 | 838 |
| Scott v. Avery | (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121 | 132, 147 |
| Seafarer's International Union v. Stern | [1961] S.C.R. 682 | 463 |
| Shaw v. Director of Public Prosecutions | [1962] A.C. 220 | 168 |
| Shearn v. Shearn | [1931] P.1 | 516 |
| Sherlock v. The Grand Trunk Railway Company | (1920), 47 O.L.R. 473 | 707 |
| Sherras v. De Rutzen | [1895] 1 Q.B. 918 | 409 |
| Shirley Ford Sales Ltd. v. Franki of Canada Ltd. | (1966), 55 W.W.R. 34 | 136 |
| Smythe v. The Queen | [1971] S.C.R. 680 | 631 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Society of Medical Officers of Health v. Hope | [1960] A.C. 551 | 255, 265 |
| Southam v. Smout | [1964] 1 Q.B. 308 | 745 |
| Southern Portland Cement Ltd. v. Cooper | [1974] 1 All E.R. 87 | 317, 334 |
| Sparks & Fairfax v. Thompson | [1975] 1 S.C.R. 618 | 423 |
| Spens v. I.R.C. | [1970] 3 All. E.R. 295 | 255 |
| Stafford v. Director of Public Prosecutions | [1973] 3 All E.R. 762 | 291 |
| Standard Loan Co. v. Faucher | (1913), 19 R.L. n.s. 196 | 14 |
| Standard Reliance Mortgage Corp. v. Lewis St. George Stubbs | (1917), 55 S.C.R. 422 | 25 |
| Stanley v. National Fruit Co. | (1929), 24 S.L.R. 137 | 660 |
| S.S. Benmaple v. Forseth | [1960] S.C.R. 210 | 423 |
| Steel Co. of Canada Ltd. v. Willand Management Ltd. | [1966] S.C.R. 746 | 529 |
| Stephens v. The Queen | [1960] S.C.R. 823 | 409 |
| Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale | [1966] 2 All E.R. 61 | 684 |
| Switzer v. Switzer | (1969), 7 D.L.R.(3d)638 | 518 |

## T

| | | |
|---|---|---|
| Tapio v. Kajander | (1965), 48 D.L.R. (2d)302 | 13 |
| Taplin, Watson v. Tate | [1937] 3 All E.R. 105 | 40 |
| Taylor v. Taylor *et al.* | [1961] 1 All E.R. 55 | 40 |
| The Karamea | [1921] L.J.P. 81 | 423 |
| The Umtali | (1939), 160 T.L.R. 114 | 423 |
| Thibodeau v. The Queen | [1955] S.C.R. 646 | 430 |
| Thoday v. Thoday | [1964] P. 181 | 254, 263 |
| Thomas v. Sawkins | [1935] 2 K.B. 249 | 745 |
| Thompson v. London County Council | [1899] 1 Q.B. 840 | 534 |
| Thomas v. David | (1836), 7 Car. & P. 350, 173 E.R. 156 | 570 |
| Tripoli Co. Inc. v. Wella Corp. | (1970), 425 F 2d 932 | 245 |
| Tulk v. Moxhay | (1848), 2 Ph. 744, 41 E.R. 1143 | 730 |

## U

| | | |
|---|---|---|
| United Motors Service Inc. v. Hutson *et al.* | [1937] S.C.R. 294 | 675 |
| University of Toronto v. Zeta Psi Elders Association of Toronto | [1969] S.C.R. 443 | 93 |

## V

| | | |
|---|---|---|
| Vancini, Re | (1904), 34 S.C.R. 621 | 191 |
| Videan v. British Transport Commission | [1963] 2 Q.B. 650 | 315, 640 |
| Village de la Malbaie v. Boulianne | [1932] S.C.R. 374 | 401 |
| Villeneuve v. Sisters of St. Joseph of Sault Ste-Marie | [1972] 2 O.R. 119 | 119 |

## W

| | | |
|---|---|---|
| Wagner v. International R. Co. (N.Y.) | (1921), 232 N.Y. Rep. 176 | 638 |
| Weber v. Texas Co. | (1936), 83 F. 2d 807 | 732 |
| Weeks v. U.S. | (1914), 232 U.S. 383 | 596 |
| Wescott v. Luther | [1933] S.C.R. 251 | 860 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Whiteman v. Sadler | [1910] A.C. 514 | 196 |
| Whittall v. M.N.R. | [1968] S.C.R. 413 | 817 |
| Wilkinson v. Canadian Express Co. | (1912), 27 O.L.R. 283 | 706 |
| Wimpey & Co. v. British Overseas Airways Corpn. | [1954] 3 All E.R. 661 | 896 |
| Winnipeg Electric Co. v. Geel | [1932] A.C. 690 | 644 |
| Winnipeg Supply & Fuel Co. Ltd. v. Metropolitan Corpn. of Greater Winnipeg | [1966] S.C.R. 336 | 92 |
| Wise v. Axford | [1954] O.W.N. 822 | 375 |
| Woodall v. Pearl Assurance Co. | [1919] 1 K.B. 593 | 147, 149 |
| Wright, McDermott & Feeley v. The Queen | [1963] S.C.R. 539 | 268 |
| Wynne v. Dalby | (1913), 30 O.L.R. 67 | 869 |

## X

| | | |
|---|---|---|
| X. v. Rajotte | (1938), 64 Que. Q.B. 484, [1940] S.C.R. 203 | 400 |

## Z

| | | |
|---|---|---|
| Zacks v. Zacks | [1973] R.C.S. 891 | 513, 542 |

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

**Volume 2, 1975**

**2e volume, 1975**

**Les Immeubles Fournier Inc. and Rimouski Transport Limitée** *(Defendants) Appellants*;

and

**Construction St-Hilaire Limitée** *(Plaintiff) Respondent.*

1974: February 15; 1974: April 29.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUÉBEC

*Mortgages—Penal clause—Invalidity—Interest Act, R.S.C. 1952, c. 156, s. 8—Civil Code, Art. 1077.*

Appellant Les Immeubles Fournier Inc. owed respondent Construction St-Hilaire Limitée a balance of $313,033.70 under terms of a contract for the construction of certain buildings. It gave the latter a hypothec and the other appellant, Rimouski Transport Limitée, bound itself jointly and severally as guarantor. The deed included an undertaking to pay the sum owed before May 1, 1967, with interest at six per cent from December 30, 1966. A clause further provided that the "borrower", as the debtor company was described, would be required to pay an "indemnity" of fifteen per cent if it went bankrupt etc. or if the "lender", the creditor, that is, instituted legal proceedings under the contract. An extension until June 23, 1967 was granted. On the appointed day, however, the creditor was informed that payment would not be made until June 29. On that date the bank informed the creditor that it had the funds required for payment, provided the bank was subrogated to the claim of respondent. Draft deeds were prepared and their contents discussed. On July 10 an action was instituted by respondent. The defendant, appellant Les Immeubles Fournier Inc. and its guarantor, Rimouski Transport Limitée, made tender and payment into Court of the principal, interest and costs owed, but without the fifteen per cent stipulated in the penal clause. This tender was held to be sufficient and the action dismissed. The Court of Appeal, ruling that Art. 1077 of the *Civil Code* is not a provision of public order, condemned appellants to pay the indemnity of fifteen per cent with interest and costs. They accordingly appealed to this Court.

**Les Immeubles Fournier Inc. et Rimouski Transport Limitée** *(Défenderesses) Appelantes*;

et

**Construction St-Hilaire Limitée** *(Demanderesse) Intimée.*

1974: le 15 février; 1974: le 29 avril.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Hypothèque—Clause pénale—Invalidité—Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1952, c. 156, art. 8—Code civil, art. 1077.*

L'appelante, les Immeubles Fournier Inc., devait à l'intimée, Construction St-Hilaire Limitée, un solde de $313,033.70 aux termes d'un contrat d'entreprise pour la construction de certains immeubles. Elle lui consentit une hypothèque et l'autre appelante, Rimouski Transport Limitée, se porta caution solidaire. L'acte d'obligation comporte l'engagement de payer la somme due avant le 1er mai 1967, avec intérêt au taux de six pour cent à partir du 30 décembre 1966. Une clause stipule en outre l'obligation de payer une «indemnité» de 15 pour cent si l'«emprunteur» *i.e.* la compagnie débitrice, fait faillite etc. ou si le «prêteur», *i.e.* la créancière, institue des procédures en justice en vertu du contrat. Un délai fut accordé jusqu'au 23 juin 1967. Cependant, le jour fixé, la créancière est informée qu'elle ne sera payée que le 29 juin, date à laquelle la banque l'informe qu'elle a les fonds nécessaires pour la payer, moyennant subrogation. Des projets d'actes sont préparés et la rédaction discutée. Le 10 juillet, une poursuite est intentée par l'intimée. La défenderesse, l'appelante, Les Immeubles Fournier Inc. et sa caution, Rimouski Transport Limitée, font des offres réelles et consignent le montant dû en capital, intérêt et frais, mais sans les 15 pour cent stipulés. Ces offres sont déclarées suffisantes et l'action rejetée. La Cour d'appel, statuant que l'article 1077 du *Code civil* n'est pas d'ordre public, condamne les appelantes à payer l'indemnité de 15 pour cent avec intérêt et dépens. Elles en appellent donc à cette Cour.

*Held* (Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Laskin C.J. and Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: Appellants have shown no error in the reasons of the Court of Appeal. Their factum does not establish that respondent had "formally undertaken" to sign a subrogatory release, as the trial judge believed. Under the general law the parties may by means of a penal clause determine as they see fit the amount of damages which the debtor will have to pay if he fails to carry out his obligation, or delays in doing so. Art. 1077 of the *Civil Code* does not rule out the stipulation of a compensation to be paid by a debtor in default of paying a sum of money.

It is only by the force of s. 8 of the *Interest Act* R.S.C. 1952, c. 156, that the penal clause stipulated by respondent could be set aside as null and void. This provision does not appear to have been considered at first instance or on appeal, this being the reason that a re-hearing of the present appeal was ordered. It deals not only with interest proper but with any "fine or penalty or rate of interest that has the effect of increasing the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears". This wording is thus counter to the limitation which respondent seeks to introduce by interpretation, namely that it would only apply to an amount which increases on a daily basis. The intention to prohibit the recovery of any form of additional payment is made all the more obvious by subs. 2, which expressly authorizes a stipulation for the "payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrear".

Respondent did not challenge the constitutionality of s. 8 of the *Interest Act*, although informed expressly by the order for a re-hearing that this provision would be the main object of the argument. Consequently, no notice was given to the Attorney General of Canada and the Attorneys General of the provinces. The Court cannot therefore decide here on the extent of the federal power regarding interest. It must construe s. 8 irrespective of the argument that respondent seeks to make from the provisions of the British North America Act, and accordingly the constitutional question must be left completely open.

Construing s. 8 by itself the words "penalty" and "fine" cannot be limited to what would be interest,

*Arrêt* (les Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

*Le* Juge en chef Laskin et *les* Juges Spence, Pigeon, Dickson et Beetz: Les appelantes n'ont démontré aucune erreur dans les motifs de la Cour d'appel. Leur mémoire ne fait pas voir que l'intimée s'était «engagée formellement» à signer une quittance subrogatoire comme l'a cru le premier juge. Selon le droit commun, les parties peuvent, au moyen d'une clause pénale, régler comme elles l'entendent le montant des dommages et intérêts que le débiteur devra payer s'il n'exécute pas son obligation, ou s'il ne l'exécute que tardivement. L'article 1077 du *Code civil* n'exclut pas la fixation conventionnelle d'une indemnité à verser par le débiteur en défaut de payer une somme d'argent.

C'est donc uniquement par application de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1952, c. 156, que la clause pénale stipulée par l'intimée peut être déclarée invalide. Cette disposition ne semble pas avoir été considérée ni en première instance ni en appel, ce qui a motivé l'ordonnance d'une seconde audition du présent pourvoi. Le texte ne vise pas seulement l'intérêt proprement dit, mais toute «amende, peine ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur les arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré». Cette rédaction s'oppose donc à la restriction que l'intimée voudrait qu'on y indroduise par interprétation, *i.e.* qu'il ne saurait s'appliquer qu'à un prix qui augmente de jour en jour. L'intention de défendre de réclamer un supplément sous une forme quelconque est rendue encore plus évidente par le second paragraphe qui permet expressément de stipuler «le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré».

L'intimée n'a pas attaqué la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* quoique prévenue par l'ordre de nouvelle audition que cette disposition ferait l'objet principal du débat. Donc aucun avis n'a été donné au Procureur général du Canada et à ceux des provinces. La Cour ne peut donc en l'instance statuer sur l'étendue du pouvoir fédéral sur l'intérêt. Il lui faut interpréter l'art. 8 sans égard à l'argument que l'intimée veut tirer du texte de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, et laisser la question constitutionnelle entièrement réservée.

Considérant le texte en lui-même, il est impossible de restreindre les mots «peine» et «amende» à ce qui

that is to something accruing on a daily basis. The indemnity of 15 per cent cannot therefore be recovered.

*Per* Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ., *dissenting*: The philosophy of the *Interest Act* is simple: absolute freedom of contract exists, and the Act intervenes, to fix the interest rate at five per cent, only where there has been no agreement. There are only two exceptions to this general principle: those of s. 4 and s. 6. In these two exceptional cases, special provisions apply. This, moreover, was how the legislation now before the Court came into being. From the time the usury laws were abolished freedom of contract has been the rule, and the legislator has only intervened in specific problem situations. Such freedom of contract with respect to interest, introduced over a hundred years ago and unchanged since that time, has been and continues to be given full judicial recognition. Seen in this light ss. 6, 7, 8 and 9 of the *Interest Act* must be read as a whole, and any other approach does violence to the spirit of this legislation, by extending it into an area not properly its own. Even if an agreement such as that of clause 6 should be governed by s. 8 of the *Interest Act*, the words used in that section do not support a dismissal of the claim made by respondent. The proper subject of the *Interest Act* is precisely the cost of borrowed money, payable on a daily basis, and nothing else. Even if the history of the statute could be left out of account, the fines or penalties in question in s. 8 can only be charges partaking of the nature of interest, that is, increasing on a daily basis. They cannot extend to damages fixed contractually by the penal clause, damages which are settled once and for all, and which do not go on increasing day by day.

Moreover, for s. 8 to apply, two things must be true: (1) principal money not in arrears must still be owing on the day of default; (2) this payment must increase "the charge on any such arrears"; a penal clause is not a charge on arrears, but purely and simply an amount of damages liquidated in advance, arbitrarily, in accordance with an agreement. These two conditions do not exist here.

[*The Attorney General of Ontario v. Barfried Enterprises*, [1963] S.C.R. 570; *Standard Loan Co. v. Faucher* (1913), 19 R.L.n.s. 196 distinguished. *London Loan & Savings Co. v. Meagher*, [1930] S.C.R. 378; *Asconi Bldg. Corp. v. Vocisano*, [1947] S.C.R. 358; *Coupland Acceptance Ltd. v. Walsh*, [1954] S.C.R. 90; *Levy v. Bookspan*, [1931] 2 D.L.R. 1007; *Tapio v. Kajander* (1965), 48 D.L.R. (2d) 302;

constituerait de l'intérêt, c'est-à-dire à ce qui croîtrait jour par jour. L'indemnité de 15 pour cent n'est donc pas recouvrable.

*Les* Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré, *dissidents*: La philosophie de la *Loi sur l'intérêt* est simple: il y a liberté absolue de convention et ce n'est qu'en l'absence d'entente que la Loi intervient pour fixer l'intérêt au taux de cinq pour cent. A ce principe général, il n'y a que deux exceptions, celles des art. 4 et 6. Dans ces deux cas d'exception, des dispositions précises prévalent. C'est ainsi d'ailleurs que s'est développée la législation que nous avons maintenant devant nous. À compter de l'abolition des lois sur l'usure, la liberté de contrat a été la règle et seuls des problèmes particuliers ont amené le législateur à intervenir. Cette liberté contractuelle dans le domaine de l'intérêt édictée il y a plus de cent ans et inchangée depuis lors a reçu et continue de recevoir sa pleine reconnaissance judiciaire. Dans cette lumière il faut lire comme un tout les art. 6, 7, 8 et 9 de la *Loi sur l'intérêt* et toute autre lecture fait violence à l'esprit de cette loi en la faisant déborder dans un domaine qui n'est pas le sien. Même si une convention comme celle de l'art. 6 devrait être régie par l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*, les mots employés dans cet article ne permettent pas d'écarter la réclamation faite par l'intimée. Le sujet propre de cette loi est précisément le loyer de l'argent payable au jour le jour et rien d'autre. Même en faisant abstraction de l'histoire de cette loi, les amendes ou peines dont il s'agit à l'art. 8 ne peuvent être que des charges participant de la nature de l'intérêt, *i.e.* croissant au jour le jour. Elles ne peuvent s'étendre aux dommages fixés contractuellement par la clause pénale, dommages qui sont acquis une fois pour toutes et qui ne grandissent pas de jour en jour.

D'ailleurs pour que l'art. 8 entre en jeu, il faut deux choses: 1) à la date du défaut il doit rester un principal non arriéré; 2) ce paiement doit élever «les charges sur ces arrérages»; une clause pénale n'est pas une charge sur un arrérage, mais purement et simplement un montant de dommages liquidé par avance de façon arbitraire conformément à une convention. Ici ces deux conditions n'existent pas.

[Distinction faite avec les arrêts: *Le Procureur général d'Ontario c. Barfried Enterprises*, [1963] R.C.S. 570; *Standard Loan Co. c. Faucher* (1913), 19 R.L.n.s. 196. Arrêts mentionnés: *London Loan & Savings Co. c. Meagher*, [1930] R.C.S. 378; *Asconi Bldg. Corp. c. Vocisano*, [1947] R.C.S. 358; *Coupland Acceptance Ltd. c. Walsh*, [1954] R.C.S. 90; *Levy c. Bookspan*, [1931] 2 D.L.R. 1007; *Tapio c.*

*Glinert v. Kosztowniak*, [1972] 2 O.R. 284; *Franklin v. Ciceri* (1930), 69 C.S. 1; *Attorney General for Canada v. Attorney General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *The Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1945] S.C.R. 600 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec[1], reversing a judgment of the Superior Court. Appeal allowed, Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting.

*P. A. Gendreau*, for the defendants, appellants.

*M. Hickson*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J.—In the early part of February 1967 appellant, Les Immeubles Fournier Inc., owed respondent, Construction St. Hilaire Limitée, a balance of $313,033.70 on the construction of certain buildings. To avoid the registration of a builder's privilege, it gave the latter a hypothec and the other appellant, Rimouski Transport Limitée, bound itself jointly and severally as guarantor. The deed includes an undertaking to pay the sum owed before May 1, 1967, with interest at six per cent from December 30, 1966. A clause further provides that the "borrower", as the debtor company was described, will be required to pay an "indemnity" of 15 per cent if it "goes bankrupt, etc." or if the "lender" (the creditor, that is) "institutes legal proceedings under this contract . . ."

An extension until June 23 was granted, as acknowledged in a letter from the creditor dated June 15. On the appointed day, however, the latter only received another letter informing it that payment would be made on the 29th. Then, on that date, a letter from the Provincial Bank informed it that the Bank had the funds required for payment, provided the Bank was subrogated to the claim of respondent. Draft deeds were

[1] [1972] C.A. 35.

*Kajander* (1965), 48 D.L.R. (2d) 302; *Glinert c. Kostowniak*, [1972] 2 O.R. 284; *Franklin c. Ciceri* (1930), 69 C.S. 1; *Attorney General for Canada v. Attorney General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *Le Procureur général de Québec c. Le Procureur général du Canada*, [1945] R.C.S. 600.]

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la Reine, province de Québec[1], infirmant un jugement de la Cour supérieure. Appel accueilli, les Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré étant dissidents.

*P. A. Gendreau*, pour les défenderesses, appelantes.

*M. Hickson*, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement du Juge en chef Laskin et des Juges Spence, Pigeon, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Au début de février 1967 l'appelante, Les Immeubles Fournier Inc., devait à l'intimée, Construction St-Hilaire Limitée, un solde de $313,033.70 pour la construction de certains immeubles. Afin d'éviter l'enregistrement d'un privilège de constructeur, elle lui consentit une hypothèque et l'autre appelante, Rimouski Transport Limitée, se porta caution solidaire. L'acte d'obligation comporte l'engagement de payer la somme due avant le 1er mai 1967, avec intérêt au taux de six pour cent à partir du 30 décembre 1966. Une clause stipule en outre l'obligation de payer une «indemnité» de 15 pour cent si l'«emprunteur», c'est ainsi qu'on y désigne la compagnie débitrice, «fait faillite, etc.» ou si le «prêteur» (*i.e.* la créancière) «institue des procédures en justice en vertu du présent contrat, . . .»

Un délai jusqu'au 23 juin fut accordé, comme le reconnaît une lettre de la créancière en date du 15 juin. Cependant, le jour fixé, celle-ci ne reçut qu'une nouvelle lettre l'informant que l'on serait en mesure de la payer le 29. Puis ce jour-là, la Banque Provinciale l'informa par lettre qu'elle avait les fonds nécessaires pour payer, moyennant subrogation. Des projets d'actes furent préparés, on en discuta la rédac-

[1] [1972] C.A. 35.

prepared and their contents discussed. Finally, on July 10, an action was instituted in which Les Immeubles Fournier Inc. and its guarantor Rimouski Transport Limitée made tender and payment into court of the principal, interest and costs owed, but without the 15 per cent stipulated in the penal clause.

The action was dismissed in the Superior Court, and the lender held to be sufficient. The principal reasons for the judgment were as follows:

[TRANSLATION] WHEREAS as early as June 29, 1967, on signature of a subrogatory release in favour of the Provincial Bank of Canada, plaintiff could then have received payment of all sums which were owed to it at the time;

WHEREAS a debtor is not liable for damages, *a fortiori* for the performance of a penal clause, when the non-performance of the principal obligation or the delay in such performance proceeds from a cause which cannot be imputed to him: 1071 C.C.;

WHEREAS the time that elapsed between June 29 and July 17 may not be imputed to defendants, since the money was always available provided plaintiff agreed to sign the subrogatory release which it had formally undertaken to sign;

In the Court of Appeal Turgeon J.A., with the concurrence of his colleagues, stated:

[TRANSLATION] With respect, I cannot subscribe to the view of the trial judge. Appellant was obliged, provided it received payment, to sign a pure and simple release and to grant a discharge of the hypothec. The debtors were bound to pay the cost of a notarial release and discharge, and to tender same to appellant for signature with the payment. Appellant's witness Claude St. Hilaire said that he was authorized by resolution of the board of directors to sign the release and discharge. As for the two promissory notes which had been discounted at the Bank with the consent of the debtors, there was an obligation to repay the National Bank with the money obtained by the payment, which was done after the tender.

That is not all. The Bank, without right, insisted that appellant sign a subrogatory release in its favour. The third party who pays another's debt may certainly require the creditor to receive payment of that debt, but he may not require the latter to subrogate

tion. Finalement, le 10 juillet, une poursuite fut intentée sur laquelle Les Immeubles Fournier Inc. et sa caution Rimouski Transport Limitée firent des offres réelles et consignèrent le montant dû en capital, intérêt et frais, mais sans les 15 pour cent stipulés à la clause pénale.

En Cour supérieure, la poursuite fut rejetée et les offres furent déclarées suffisantes. Les principaux considérants du jugement se lisent comme suit:

CONSIDÉRANT que dès le 29 juin 1967, sur la signature d'une quittance subrogatoire en faveur de la Banque Provinciale du Canada, la demanderesse pouvait alors recevoir paiement de tous les montants qui lui étaient alors dus;

CONSIDÉRANT que le débiteur n'est pas tenu à des dommages intérêts, à plus forte raison, à l'exécution d'une clause pénale lorsque l'inexécution de son obligation principale ou le retard de cette exécution provient d'une cause qui ne peut lui être imputée: 1071 C.C.;

CONSIDÉRANT que le délai qui s'est écoulé entre le 29 juin et le 17 juillet ne saurait être imputé aux défenderesses, puisque le montant était toujours disponible dès que la demanderesse consentait à signer la quittance subrogatoire qu'elle s'était engagée formellement à signer;

En Cour d'Appel, M. le Juge Turgeon dit avec l'accord de ses collègues:

Avec déférence, je ne peux partager l'opinion du premier juge. L'appelante était tenue, à la condition de recevoir son paiement, de signer une quittance pure et simple et de donner main-levée de l'hypothèque. Il appartenait aux débitrices de payer le coût de ces quittances et main-levée notariées et de les présenter pour signature à l'appelante avec le paiement. Le témoin Claude St-Hilaire de l'appelante nous dit qu'il était autorisé par résolution du conseil d'administration à signer la quittance et la main-levée. Quant aux deux billets promissoires qui étaient escomptés à la banque avec l'autorisation des débitrices, il fallait rembourser la Banque Nationale avec l'argent provenant du paiement, ce qui fut fait après les offres.

Mais il y a plus. La Banque exigea sans droit que l'appelante lui signe une quittance subrogatoire. Le tiers qui paie la dette d'un autre peut sans doute obliger le créancier à recevoir le paiement, mais il ne peut exiger de celui-ci qu'il subroge dans ses droits.

him in his rights. That is why the second paragraph of Art. 1155 of the Code provides for subrogation by the debtor himself, allowing him to subrogate the third party who pays his debt, and this subrogation takes effect without the concurrence of the creditor.

Holding that no "monetary obligations under a loan of money" were involved, that art. 1040c of the *Civil Code* was therefore not applicable in the circumstances, and that the provisions of art. 1077 were not provisions of public order, the Court of Appeal went on to set aside the judgment of the Superior Court and condemned the debtor and its guarantor to pay the balance owing, namely the indemnity of 15 per cent amounting to $48,429.31 with interest and costs, as Construction St. Hilaire Limitée had received the amount paid into Court.

In my opinion appellants have shown no error in these reasons of the Court of Appeal. In particular, their factum does not establish that Construction St. Hilaire Limitée had "formally undertaken" to sign a subrogatory release, as the trial judge believed. The comments of certain French writers on art. 1153 *C.N.* were inappropriately cited in support of the argument that art. 1077 *C.C.* is a provision of public order. Here is what P.B. Mignault says (*Droit civil canadien*, Vol. V, pp. 426-427):

[TRANSLATION] Under the general law the parties may by means of a penal clause determine as they see fit the amount of damages which the debtor will have to pay if he fails to carry out his obligation, or delays in doing so.

Is the same rule applicable to obligations for sums of money? May the parties, by means of a penal clause, raise or lower the amount of damages?

They undoubtedly may, since under Article 1785 the rate of interest may be *fixed by agreement between the parties*, with the exception of certain cases mentioned in that article. In theory under our system, any rate of interest may legally be agreed on; if none is stipulated, the applicable rate will be the legal rate, fixed by law at six per cent per annum.

The answer would be different under French law; in France, since the law of September 3, 1807, the rate of interest that may be agreed on has been limited: under that law any clause which increases it

C'est pour cette raison que le Code à l'article 1155, deuxième paragraphe, prévoit la subrogation par le débiteur lui-même en lui permettant de subroger le tiers qui vient payer sa dette et cette subrogation a lieu sans le concours du créancier payé.

Ayant statué ensuite qu'il ne s'agit pas d'«obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent», que l'art. 1040c du *Code civil* n'est donc pas applicable en l'occurrence et que les dispositions de l'art. 1077 ne sont pas d'ordre public, la Cour d'appel infirma le jugement de la Cour supérieure et condamna la débitrice et sa caution à payer le solde dû, c'est-à-dire l'indemnité de 15 pour cent s'élevant à $48,429.31 avec intérêt et dépens, Construction St-Hilaire Limitée ayant touché le montant consigné.

A mon avis, les appelantes n'ont démontré aucune erreur dans ces motifs de la Cour d'appel. En particulier, leur mémoire ne fait pas voir que Construction St-Hilaire Limitée s'était «engagée formellement» à signer une quittance subrogatoire comme l'a cru le premier juge. C'est à tort que l'on y cite les commentaires de certains auteurs français sur l'art. 1153 *C.N.* pour soutenir que l'art. 1077 *C.c.* est d'ordre public. Voici ce que dit P. B. Mignault (*Droit civil canadien*, Tome V, pp. 426-427):

Selon le droit commun, les parties peuvent, au moyen d'une clause pénale, régler comme elles l'entendent le montant des dommages et intérêts que le débiteur devra payer s'il n'exécute pas son obligation, ou s'il ne l'exécute que tardivement.

La même règle est-elle applicable aux obligations de sommes d'argent? Les parties peuvent-elles, au moyen d'une clause pénale, élever ou diminuer le chiffre des dommages et intérêts?

Certainement, puisque, d'après l'article 1785, le taux de l'intérêt peut être *fixé par convention entre les parties*, excepté en certains cas mentionnés en cet article. En principe, dans notre système, tout taux d'intérêt peut être convenu légalement; si aucun taux n'est stipulé, l'intérêt qui devra courir est l'intérêt légal, fixé par la loi à six pour cent par année.

La réponse serait différente sous la loi française; le taux de l'intérêt conventionnel a été limité, en France, depuis la loi du 3 septembre 1807, d'après laquelle toute clause qui l'élève au-dessus du taux légal,

over the legal rate, that is to say five per cent in civil matters, or six per cent in commercial transactions, is classified as *usurious* and as such is void. Of course, that does not prevent a penal clause from being valid when it is favourable to the debtor, that is when it lowers the compensation fixed by the law.

May a creditor, in addition to the interest on the sum owed, stipulate for example that a certain sum will be paid for costs of collection? In *Leduc v. Gourdine*, 10 L.N., p. 161, Wurtele J. held that such a stipulation is illegal. However, I do not see how freedom of contract can be limited in this way. The learned judge based his finding on Art. 1077, but that article does not seem to me to rule out stipulation of a penal clause, or agreeing on the compensation to be paid by a defaulting debtor. (In France such a clause would be void as usurious, but as usury is not prohibited by our law the argument made by writers does not apply here).

Among the French writers cited by appellants is Baudry-Lacantinerie, who says in para. 508 of his *Traité des Obligations* (Vol. 12, 3rd ed., pp. 536-537):

[TRANSLATION] 508. But may the parties, by making special provision against a specific loss other than that resulting naturally to the creditor from the loss of his capital and from the risk incurred by him until it is repaid (apart, moreover, from bad faith or gross neglect of the debtor), stipulate in a penal clause for an amount in addition to interest on overdue payment? . . .

A number of rightly respected writers conclude that they may . . .

However, other equally respected writers take the opposite view, and we feel this latter opinion follows necessarily from the text and policy of the law: Art. 1153 states that "The damages resulting from delay in the payment of a sum, to which the debtor is liable, *never* consist but of the award of interest at the rate fixed by law, saving the special rules applicable to commerce and suretyship". The principle thus admits only of the exceptions provided by the legislature. Moreover, the purpose of the provision is to prevent difficulties relating to determination of damage. This purpose would be defeated if the parties could, by providing against a specific loss, stipulate a penalty in addition to the interest allowed by law, for the courts would be obliged to consider whether such loss had been sustained. They would even, at least in a civil case, so as to thwart the fraud of an usurer, be

c'est-à-dire du taux de 5% en matière civile, ou 6% en matière commerciale, est dite *usuraire* et comme telle frappée de nullité. Naturellement, cela n'empêche pas la clause pénale d'être valable quand elle est favorable au débiteur, c'est-à-dire quand elle abaisse l'indemnité déterminée par la loi.

Le créancier pourrait-il, outre l'intérêt sur la somme due, stipuler par exemple une certaine somme pour frais de recouvrement? Le juge Wurtele, dans la cause de *Leduc v. Gourdine*, 10 L.N., p. 161, a décidé qu'une telle stipulation est illégale. Cependant, je ne vois pas comment on pourrait ainsi restreindre la liberté de contracter. Le savant juge s'est basé sur l'article 1077, mais cet article ne me paraît pas exclure la stipulation d'une clause pénale ou la fixation conventionnelle de l'indemnité à payer par le débiteur en défaut. (En France une telle clause serait nulle comme usuraire, mais l'usure n'étant pas prohibée par nos lois, le motif que les auteurs invoquent est sans application ici.)

Parmi les auteurs français cités par les appelantes on relève Baudry-Lacantinerie. Voici ce qu'on peut lire au paragraphe 508 du *Traité des Obligations* (Vol. 12, 3e éd., pp. 536-537):

508. Mais les parties peuvent-elles, en prévoyant spécialement un préjudice déterminé autre que celui qui résulte naturellement pour le créancier de la privation de son capital et du risque par lui couru jusqu'au paiement (abstraction faite, d'ailleurs, de la mauvaise foi ou de la faute lourde du débiteur), stipuler dans une clause pénale une somme en sus des intérêts moratoires? . . .

Oui, répondent plusieurs auteurs justement estimés . . .

Mais d'autres auteurs, également considérables, se prononcent en sens contraire, et cette dernière opinion nous paraît imposée par le texte et par les motifs de la loi: «Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, dit l'art. 1153, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent *jamais* que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement». Ce principe n'admet donc que les exceptions prévues par le législateur. Au surplus, le but de cette disposition est d'empêcher les difficultés relatives à la vérification du dommage. Ce but serait manqué si les parties pouvaient, en visant un préjudice particulier, stipuler une peine en sus de l'intérêt légal, car les juges seraient obligés de rechercher si ce préjudice s'est réalisé. Ils devraient même, du moins en matière

required to consider whether the penalty stipulated exceeds the amount of the damage, otherwise it would be a simple matter to evade the provisions of Art. 1 of the law of September 3, 1807.

It may be noted in passing that the word "never" underlined by Baudry-Lancantinerie is not found in art. 1077 *C.C.* One may also note the following statement in *Laurent* (Vol. 16, p. 377, No. 317):

[TRANSLATION] The 1807 law was legislation of public order, hence any derogation therefrom was an unlawful agreement; it follows that individuals could not, directly or indirectly, by adopting a penal clause, stipulate for interest in excess of the legal rate.

Accordingly, it is only by the force of s. 8 of the *Interest Act* (R.S.C. 1952, c. 156, now R.S.C. 1970, C. I-18) that the penal clause stipulated by respondent could be set aside as null and void. In view of the special importance of this question relating to a federal enactment which does not appear to have been considered at first instance or on appeal, a re-hearing of the present appeal was ordered. The provision relied upon by appellant is part of a group of sections under the heading "Interest on moneys secured by mortgage on real estate". The first three read as follows:

**6.** Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is, by the mortgage, made payable on the sinking fund plan, or on any plan under which the payments of principal money and interest are blended, or on any plan that involves an allowance of interest on stipulated repayments, no interest whatever shall be chargeable, payable or recoverable, on any part of the principal money advanced, unless the mortgage contains a statement showing the amount of such principal money and the rate of interest chargeable thereon, calculated yearly or half-yearly, not in advance.

**7.** Whenever the rate of interest shown in the statement mentioned in section 6 is less than the rate of interest that would be chargeable by virtue of any other provision, calculation or stipulation in the mortgage, no greater rate of interest shall be chargeable, payable or recoverable, on the principal money advanced, than the rate shown in such statement.

civile, pour déjouer les fraudes des usuriers, rechercher si la peine stipulée n'excède pas le montant du dommage, car, sans cela, rien ne serait plus facile que d'éluder la disposition de l'art. 1er de la loi du 3 septembre 1807.

Notons en passant que le mot «jamais» souligné par Baudry-Lacantinerie ne se retrouve pas à l'art. 1077 *C.c.* Notons aussi la phrase suivante de *Laurent* (Tome 16, p. 377, n° 317):

La loi de 1807 était une loi d'ordre public, partant toute dérogation était une convention illicite; de là la conséquence que l'on ne pouvait, ni directement, ni indirectement, sous forme de clause pénale, stipuler des intérêts supérieurs à l'intérêt légal.

C'est donc uniquement par application de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* (S.R.C. 1952, c. 156, aujourd'hui S.R.C. 1970, c. I-18) que la clause pénale stipulée par l'intimée peut être déclarée invalide. Vu l'importance particulière de cette question relative à un texte de loi fédérale qui ne semble pas avoir été considéré en première instance et en appel, une seconde audition du présent pourvoi a été ordonné. Le texte invoqué par les appelantes fait partie d'une série d'articles sous le titre «Intérêt sur deniers garantis par hypothèque». Les trois premiers se lisent comme suit:

**6.** Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds est stipulé, par l'acte d'hypothèque, payable d'après le système du fonds d'amortissement, ou d'après tout système en vertu duquel les versements du principal et de l'intérêt sont confondus, ou d'après tout plan ou système qui comprend une allocation d'intérêt sur des remboursements stipulés, aucun intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable sur une partie quelconque de la somme principale prêtée, à moins que l'acte d'hypothèque ne contienne un état de la somme principale et du taux de l'intérêt exigible à son égard, calculé annuellement ou semestriellement, mais non d'avance.

**7.** Lorsque le taux d'intérêt indiqué dans cet état est moindre que celui qui serait exigible en vertu de quelque autre disposition, calcul ou stipulation de l'acte d'hypothèque, il n'est exigible, payable ou recouvrable sur le principal avancé aucun intérêt plus élevé que le taux énoncé dans l'état.

8. (1) No fine or penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrears of principal or interest secured by mortgage of real estate, that has the effect of increasing the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears.

(2) Nothing in this section has the effect of prohibiting a contract for the payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrears.

Is the indemnity of 15 per cent claimed by respondent a penalty within the meaning of this provision which does not appear to have been considered either at first instance or on appeal? The two Courts were agreed in treating the stipulation in question as a "penal clause". At the conclusion of the reasons of Turgeon J.A. there is the following sentence:

[TRANSLATION] In the case at bar I consider we are dealing with a penal clause, which Article 1131 of the Civil Code defines as a secondary obligation by which a person, to assure the performance of the primary obligation, binds himself to a penalty in case of its inexecution.

Respondent argued in its factum and at the hearing that because this is a federal statute on interest, s. 8 could only apply to a price which increases on a daily basis. It cited *inter alia* the following passage from the reasons of Judson J., dealing with the constitutionality of an Ontario statute against harsh loans (*Attorney General of Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*[2] at p. 575):

. . . The foundation for the judgment under appeal is to be found in the adoption of a wide definition of the subject-matter of interest used in the *Saskatchewan Farm Security Act* reference. The judgment of this Court in that case was affirmed in the Privy Council. Interest was defined:

> In general terms, the return or consideration or compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to, in a colloquial sense, or owed to, another.

[2] [1963] S.C.R. 570.

8. (1) Il ne peut être stipulé, retenu, réservé ni exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêt garantis par hypothèque sur biens-fonds, aucune amende, peine ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur ces arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré.

(2) Rien dans le présent article n'a pour effet de prohiber un contrat pour le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré.

L'indemnité de 15 pour cent réclamée par l'intimée est-elle une peine au sens de cette disposition qui ne semble pas avoir été considérée ni en première instance ni en appel? Les deux Cours ont été d'accord pour voir une «clause pénale» dans la stipulation dont il s'agit. A la fin des motifs de M. le Juge Turgeon, on trouve la phrase suivante:

Dans le litige qui nous est soumis, je suis d'opinion que nous sommes en présence d'une clause pénale que l'article 1131 du Code civil définit comme étant une obligation secondaire par laquelle une personne, pour assurer l'exécution de l'obligation principale, se soumet à une peine en cas d'inexécution.

Dans son mémoire et à l'audition, l'intimée a prétendu que parce qu'il s'agit d'une loi fédérale sur l'intérêt, l'art. 8 ne saurait s'appliquer qu'à un prix qui augmente de jour en jour. Elle a cité notamment le passage suivant des motifs de M. le Juge Judson statuant sur la constitutionnalité d'une loi d'Ontario contre les prêts abusifs (*Le Procureur général d'Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*[2], à la p. 575):

[TRADUCTION] . . . Le jugement dont appel est fondé sur la définition extensive de l'intérêt que l'on a utilisée dans l'affaire du renvoi sur le *Saskatchewan Farm Security Act*. Le jugement de cette Cour dans cette affaire-là a été confirmé par le Conseil privé. On y a défini l'intérêt comme étant:

> En termes généraux, la rémunération ou contrepartie ou indemnité prévue en retour de l'utilisation ou de la rétention, par une personne, d'une somme d'argent appartenant ou—plus précisément—due à une autre.

[2] [1963] R.C.S. 570.

This is substantially the definition running through the three editions of Halsbury. However, in the third edition (27 Hals., 3rd. ed., p. 7) the text continues:

> Interest accrues *de die in diem* if payable only at intervals, and is, therefore, apportionable in point of time between persons entitled in succession to the principal.

The day-to-day accrual of interest seems to me to be an essential characteristic. All the other items mentioned in *The Unconscionable Transactions Act* except discount lack this characteristic. They are not interest. In most of these unconscionable schemes of lending the vice is in the bonus.

Here it should be noted that the wording of s. 8 of the *Interest Act* deals not only with interest proper but with any "fine or penalty or rate of interest that has the effect of increasing the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears." The wording of the enactement is thus counter to the limitation which respondent seeks to introduce by interpretation. The intention to prohibit recovery of any form of additional payment is made all the more obvious by subs. 2, which expressly authorizes a stipulation for the "payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrears".

In *London Loan & Savings Co. v. Meagher*[3], this Court had to consider whether a bonus, paid to the lender at the time of loan under a separate agreement out of the princiapl sum guaranteed by the mortgage, was contrary to the provisions of the *Interest Act*. The only point at issue was the application of s. 6, as s. 8 relates only to amounts stipulated on "arrears". It was held that even if the bonus was regarded as the equivalent of a reduction in the amount advanced, s. 6 had not been violated. Stating the unanimous opinion of the Court, Smith J. said (at pp. 381 and 384):

> I am of opinion that the payment of the full amount of $30,000 by the mortgagee and payment of the bonus by the mortgagor's cheque, as arranged, had no

[3] [1930] S.C.R. 378.

C'est là en substance la définition que l'on retrouve dans les trois éditions successives de Halsbury. Toutefois, dans la troisième, le texte poursuit:

> L'intérêt court *de die in diem* même s'il est payable seulement après un certain intervalle, et, par conséquent, il se répartit dans le temps entre ceux qui ont successivement droit au capital.

L'accroissement de l'intérêt de jour en jour me paraît une caractéristique essentielle. Cette caractéristique manque à tous les autres éléments mentionnés dans *The Unconscionable Transactions Act*, sauf l'escompte. Dans la plupart de ces systèmes de prêts exorbitants, le vice est dans le *boni*.

Ici, il faut observer que le texte de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* ne vise pas seulement de l'intérêt proprement dit, mais toute «amende, peine ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur les arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré.» Le texte comme il est rédigé s'oppose donc à la restriction que l'intimée voudrait qu'on y introduise par interprétation. L'intention de défendre de réclamer un supplément sous une forme quelconque est rendue encore plus évidente par le second paragraphe qui permet expressément de stipuler «le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré».

Dans *London Loan & Savings Co. c. Meagher*[3], cette Cour a été appelée à considérer si un boni versé au prêteur lors du prêt, en vertu d'une convention accessoire, à même le montant principal garanti par hypothèque, allait à l'encontre des dispositions de la *Loi sur l'intérêt*. La seule question en litige était l'application de l'art. 6, en effet, l'art. 8 ne vise que des montants stipulés sur des «arrérages». On a statué que même si l'on devait considérer le boni comme l'équivalent d'une réduction du montant avancé, il n'y avait pas violation de l'art. 6. Exprimant l'opinion unanime de la Cour, M. le Juge Smith a dit (aux pp. 381, 384):

> [TRADUCTION] Je suis d'avis que, sur le plan juridique, le versement du plein montant de $30,000 par le créancier hypothécaire et le versement du boni par

[3] [1930] R.C.S. 378.

different legal effect from payment of that bonus by simply deducting and retaining it from the loan . . .

The Act, however, as it stands does not aim at controlling or limiting the rate of interest or recompense that lenders may exact for loans, and has no such effect if the last part of section 6 is complied with, except that no greater rate can be exacted than the rate mentioned in the statement thereby called for. The aim is to prevent the collection of interest provided for in the mortgage by plans described in section 6, which do not disclose to the ordinary borrower the real rate of interest being exacted by such plans. So far, however, as this Act is concerned, any rate of interest may be provided for by such plans, and enforced, if that rate is disclosed by a statement in the mortgage of the principal money and of the rate of interest, as provided in the latter part of section 6.

There is, therefore, in the mortgage in question, no offence against the spirit of the Act, because it does not fail to disclose to an ordinary borrower what he is to pay for the loan, though he might not realize what rate per cent. the $3,000 cash in advance, added to the 7½ per cent., would amount to. The $3,000 cash payment might, however, give him a clearer idea of what the loan was costing him than if provided for in terms of an added rate of interest.

Though this passage refers to the Act there in question in general terms, the context makes it clear that in fact only the provision in dispute, *i.e.* s. 6, was being considered. It may also be noted that in *Asconi Bldg. Corp. v. Vocisano*[4] this Court based itself only on s. 6 in deciding in the same way as in *London Loan* with respect to a bonus.

In another case, *Coupland Acceptance Ltd. v. Walsh*[5], which this time dealt with s. 8, this Court held that additional interest at the rate of two per cent per month, stipulated to be payable after the due date, was not recoverable. Speaking for the Court, Kellock J. said (at p. 94):

[4] [1947] S.C.R. 358.
[5] [1954] S.C.R. 90.

chèque tiré par le débiteur hypothécaire, comme convenu, n'ont pas eu un effet différent de celui qu'on aurait obtenu si l'on avait simplement déduit et retranché le boni du montant prêté . . .

La Loi comme elle est, cependant, ne vise pas à réglementer ou à limiter le taux d'intérêt ou la récompense que les prêteurs peuvent exiger pour des prêts, et elle n'a pas d'effet semblable si l'on se conforme à la dernière partie de l'article 6, sauf qu'aucun taux plus élevé que le taux énoncé dans l'état requis par cet article-là ne peut être exigé. Le but visé est d'empêcher la perception d'un intérêt prévu à l'acte d'hypothèque d'après des plans décrits à l'article 6, qui ne révéleraient pas à un emprunteur ordinaire le taux d'intérêt réel exigible en vertu de ces plans. Dans la mesure, toutefois, où cette Loi est concernée, on peut stipuler n'importe quel taux d'intérêt et le recouvrer, si cet intérêt est révélé dans l'acte d'hypothèque par un état indiquant la somme principale et le taux, tel que prévu dans la dernière partie de l'article 6.

Il n'y a donc pas de violation de l'esprit de la Loi dans l'acte d'hypothèque en question, parce qu'il n'omet pas de révéler à l'emprunteur ordinaire ce qu'il doit payer en contrepartie du prêt, bien que cet emprunteur ne puisse peut-être pas se rendre compte du taux que donne le montant de $3,000 versé comptant à l'avance lorsqu'on l'ajoute au taux de 7½ pour cent. Les 3,000 dollars versés lui donnent peut-être une idée plus nette de ce que le prêt lui coûte que s'ils étaient stipulés sous forme d'intérêt accru.

Bien que dans ce texte on parle de la loi dont il s'agit en termes généraux, le contexte fait voir qu'on ne visait en réalité que la seule disposition qui faisait l'objet du litige, savoir l'art. 6. Notons aussi que c'est uniquement sur l'art. 6 que l'on s'est fondé dans *Asconi Bldg. Corp. c. Vocisano*[4] pour statuer au sujet d'un boni dans l'affaire *London Loan.*

Dans une autre affaire où cette fois-là il s'agissait de l'art. 8, *Coupland Acceptance Ltd. c. Walsh*[5], cette Cour a déclaré non recouvrable un intérêt additionnel au taux de 2 pour cent par mois stipulé payable après l'échéance. Parlant au nom du tribunal, M. le Juge Kellock a dit (à la p. 94):

[4] [1947] R.C.S. 358.
[5] [1954] R.C.S. 90.

The respondents contend in any event, however, that the appellant's claim is to be reduced by the sum of $2,126.25, representing interest at the rate of 2 per cent per month for the two months following the maturity of the Kerbel mortgage to the time of its payment off, as recovery of any amount beyond the rate of 5 per cent payable before maturity is prohibited by s. 8 of the *Interest Act*, R.S.C. 1927, c. 102. To this the appellant objects that the payment of this amount is not to be ascribed to any moneys advanced by it but that the mortgagor, who provided the sum of $8,500 over and above the amount advanced by the appellant, must be taken to have made this payment. I think this objection is well taken but nonetheless, following the terms of s. 8, the appellant may not rely upon the provisions of the Kerbel mortgage with respect to interest beyond a rate of 5 per cent from May 9, 1951.

No reference was made to the *London Loan* case; this was undoubtedly because no one thought it was relevant, it was cited in appellant's factum.

In *Levy v. Bookspan*[6], Wright J., holding that *London Loan* was inapplicable, invalidated under s. 8 of the *Interest Act* a clause reading as follows (at p. 1009):

> And also it is agreed that .... in the event of a sale or foreclosure under the provisions of this mortgage a bonus of three months' interest shall be added to the mortgage-debt.

Similar decisions were handed down in *Tapio v. Kajander*[7] and *Glinert v. Kosztowniak*[8].

Quebec case law contains only one decision on the point. It is to the same effect: *Franklin v. Ciceri*[9]. There, Boyer J. held invalid under s. 8 of the *Interest Act* a clause in a deed of hypothec stipulating an indemnity in the event of sale by court order, receipt of the principal before maturity, or legal proceedings.

[6] [1931] 2 D.L.R. 1007.
[7] (1965), 48 D.L.R. (2d) 302.
[8] [1972] 2 O.R. 284.
[9] (1930), 69 C.S. 1.

[TRADUCTION] Les intimés prétendent toutefois, que la réclamation de l'appelante doit, en tout état de cause, être réduite de la somme de $2,126.25, représentant l'intérêt au taux de 2 pour cent par mois pour les deux mois écoulés depuis l'échéance de l'hypothèque Kerbel jusqu'à son acquittement, pour le motif que l'art. 8 de la *Loi de l'intérêt*, S.R.C. 1927, c. 102, interdit de recouvrer un montant qui dépasse un intérêt de 5 pour cent payable avant l'échéance. A cela l'appelante objecte que le paiement de cette somme ne doit pas être imputé à de l'argent avancé par elle mais que le débiteur hypothécaire, qui a fourni la somme de $8,500 en sus de montant avancé par l'appelante, doit être considéré comme ayant effectué ce paiement. Je crois que cette objection a du sens mais néanmoins, suivant les termes de l'art. 8, l'appelante ne peut pas invoquer les dispositions de l'hypothèque Kerbel relativement à de l'intérêt qui dépasse le taux de 5 pour cent à compter du 9 mai 1951.

S'il n'a pas été question de l'arrêt *London Loan* c'est sans doute parce que personne ne l'a considéré pertinent, il était cité dans le mémoire de l'appelante.

Dans *Levy c. Bookspan*[6], M. le Juge Wright, considérant l'arrêt *London Loan* inapplicable, a jugé invalide suivant l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* une clause se lisant comme suit (à la p. 1009):

> [TRADUCTION] Et de plus il est convenu que ... advenant vente ou forclusion sous le régime des dispositions du présent acte d'hypothèque, un boni de trois mois d'intérêts sera ajouté à la dette hypothécaire.

Des décisions analogues ont été rendues dans *Tapio c. Kajander*[7] et *Glinert c. Kosztowniak*[8].

Dans la jurisprudence du Québec on ne trouve qu'une seule décision sur le point. Elle est dans le même sens: *Franklin c. Ciceri*[9]. M. le Juge Boyer y a déclaré invalide, en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*, une clause d'un acte d'hypothèque stipulant une indemnité en cas de vente en justice, réception du capital avant échéance, ou poursuite en justice.

[6] [1931] 2 D.L.R. 1007.
[7] (1965), 48 D.L.R. (2d) 302.
[8] [1972] 2 O.R. 284.
[9] (1930), 69 C.S. 1.

In its factum and at the hearing respondent relied on the decision of the Court of Appeal of Quebec in *Standard Loan Co. v. Faucher*[10]. That decision does not touch the point at issue. The only point which it considered was whether a reference to the rate of interest payable was in accordance with the requirements of s. 6 of the *Interest Act*. It is true that in the reasons for judgment it is said, as stated by the law editor, that [TRANSLATION] "the federal *Interest Act* applies to the case of a hypothecary loan only in the absence of specific indication of the interest rate in the constituent instrument". However, when the reasons stated by Gervais J. are examined it is apparent that no such conclusion was reached. Here is what he said (at p. 209):

> [TRANSLATION] Respondent stated that the deed in question contained no reference to yearly or half-yearly interest, not calculated in advance; that there was no such reference to interest on the interest in the said deed; that, consequently, ss. 6, 7 and 8 of Chapter 120 of the Revised Statutes of Canada had been infringed . . .
>
> Is such a reference in fact lacking here? Clearly not. The clause granting hypothec and the stipulations in the additional clauses clearly set the yearly interest rate, as well as the rate of the interest on the interest, at ten and four tenths per cent. The sections of the *Interest Act* above cited thus do not apply to the present case; . . .

Counsel for the respondent argued that, as head 19 of s. 91 of the *B.N.A. Act* refers only to "interest", [TRANSLATION] "it follows that the legislative authority, on which the power to legislate on interest must be based, must remain within the compass of the subject—namely a consideration earned daily in payment of a sum of money or debt." This contention cannot be considered without considering the ancillary doctrine and its corollary, that of the unoccupied field. These are the third and fourth propositions of Lord Tomlin in the Fish canneries case (*Attorney General for Canada v. Attorney General for British Columbia*[11], at p. 118):

[10] (1913), 19 R.L.n.s. 196.
[11] [1930] A.C. 111.

Dans son mémoire comme à l'audition, l'intimée a invoqué la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Standard Loan Co. c. Faucher*[10]. Cet arrêt ne touche pas la question en litige. Le seul point qui y ait été étudié a été de savoir si la mention du taux d'intérêt exigible était conforme aux exigences de l'art. 6 de la *Loi sur l'intérêt*. Il est vrai qu'un des considérants reproduits par l'arrêtiste porte que «la loi fédérale sur l'intérêt ne s'applique au cas de prêt hypothécaire qu'en l'absence de détermination du taux de l'intérêt dans l'acte constitutif». Mais lorsqu'on examine les motifs exposés par M. le Juge Gervais, l'on voit que ce n'est pas ce qu'on a jugé. Voici comment il s'exprime (à la p. 209):

> L'intimé dit que l'acte d'hypothèque en question ne contient pas de mention du taux de l'intérêt annuel ou semi-annuel, non calculé d'avance; qu'aucune telle mention de l'intérêt de l'intérêt n'existe dans le dit acte; que, par suite, il y a violation des articles 6, 7 et 8, du chapitre 120 du recueil des lois refondues du Canada, . . .
>
> Existe-t-il pareille absence de mention dans l'espèce? Évidemment non. La clause de l'acte d'hypothèque et la stipulation des clauses additionnelles fixent clairement le taux de l'intérêt annuel, ainsi que le taux de l'intérêt de l'intérêt, à dix et quatre dixièmes pour cent. Les sections citées de la loi sur l'intérêt ne s'appliquent donc pas à l'espèce; . . .

Le procureur de l'intimée a soutenu que, le chef 19 de l'art. 91 A.A.N.B. mentionnant uniquement l'intérêt, «il s'infère que l'autorité législative devant servir comme prémisse à ce pouvoir de légiférer sur l'intérêt se doit de demeurer dans l'exercice du sujet—soit la considération gagnée au jour le jour en paiement d'un montant d'argent ou d'une dette.» On ne saurait examiner cette prétention sans considérer la théorie du pouvoir accessoire et son corollaire, celle du champ inoccupé. Il s'agit des troisième et quatrième propositions de Lord Tomlin dans l'affaire des conserveries de poissons (*Attorney General for Canada v. Attorney General for British Columbia*[11], à la p. 118:

[10] (1913), 19 R.L.n.s.196.
[11] [1930] A.C. 111.

(3.) It is within the competence of the Dominion Parliament to provide for matters which, though otherwise within the legislative competence of the provincial legislature, are necessarily incidental to effective legislation by the Parliament of the Dominion upon a subject of legislation expressly enumerated in s. 91: . . . .

(4.) There can be a domain in which provincial and Dominion legislation may overlap, in which case neither legislation will be ultra vires if the field is clear, but if the field is not clear and the two legislations meet the Dominion legislation must prevail: . . . .

This Court applied these principles in *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*[12] and recognized the validity of federal legislation dealing with costs in criminal prosecutions brought in provincial courts, though it refused to accept that criminal law or criminal procedure in the strict sense were involved. Taschereau J. referred to the aforementioned decision of the Privy Council and to other earlier decisions, and said (at p. 604):

It follows as a result of this jurisprudence which is applicable to the present case, that section 770 of the Criminal Code, although not being strictly legislation in relation to criminal law and procedure, is nevertheless within the competence of the Dominion of Canada, on account of its incidence upon criminal law and procedure. And in such a case, the field being occupied, the provincial legislation becomes inoperative.

It is useless to emphasize further the point that all other provincial legislation concerning fees payable to provincial employees in criminal courts, is entirely valid and competent legislation, when the Dominion, although not precluded from legislating, has refrained from taking any action.

In the case at bar respondent did not challenge the constitutionality of s. 8 of the *Interest Act*, although informed expressly by the order for a re-hearing that this provision would be the main object of the argument. Consequently, no notice was given to the Attorney General of Canada and the Attorneys General of the provinces, as required by Rule 18 of this Court. Counsel for respondent was further advised at

[12] [1945] S.C.R. 600.

[TRADUCTION] (3.) Il est de la compétence du Parlement fédéral de statuer sur des questions qui, bien qu'étant à d'autres égards de la compétence législative des provinces, sont nécessairement accessoires à une législation efficace du Parlement fédéral sur un sujet de législation expressément mentionné à l'art. 91: . . .

(4.) Il peut y avoir un domaine dans lequel les législations provinciales et fédérale chevaucheraient, auquel cas ni l'une ni l'autre ne serait anticonstitutionnelle, si le champ est libre, mais si le champ n'est pas libre et que les deux législations viennent en conflit, celle du fédéral doit prévaloir: . . .

Cette Cour a fait l'application de ces principes dans *Le Procureur général de Québec c. Le Procureur général du Canada*[12] et a reconnu la validité d'une législation fédérale touchant les frais de poursuites criminelles devant des tribunaux provinciaux, tout en refusant d'admettre qu'il s'agissait de droit criminel ou de procédure criminelle au sens strict. M. le Juge Taschereau a dit, après avoir mentionné l'arrêt précité du Conseil Privé et d'autres décisions antérieures (à la p. 604):

[TRADUCTION]: Il s'ensuit, à cause de cette jurisprudence qui est applicable à l'affaire dont nous sommes saisis, que l'article 770 du Code criminel, même s'il n'est pas strictement une loi relative à la loi et à la procédure criminelle, n'en est pas moins de compétence fédérale, vu son incidence sur la loi et sur la procédure criminelle. Et dans un tel cas, le champ étant occupé, la loi provinciale devient inopérante.

Il est inutile de souligner encore que toutes les autres lois provinciales concernant les honoraires payables à des fonctionnaires provinciaux dans des cours de juridiction criminelle sont entièrement valides et autorisées lorsque le fédéral, bien que n'étant pas empêché de légiférer, s'en est abstenu.

Dans la présente cause, l'intimée n'a pas attaqué la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* quoique prévenue explicitement par l'ordre de nouvelle audition que cette disposition ferait l'objet principal du débat. Par conséquent, aucun avis n'a été donné au Procureur général du Canada et à ceux des provinces, comme le prévoit notre règle de pratique n° 18. L'avocat de l'intimée a de plus été prévenu à

[12] [1945] R.C.S. 600.

the hearing that, in the absence of any notice, the constitutionality of the provision could not be discussed. In my view, we should not in any way here decide on the extent of the federal power regarding interest. Any adoption of a construction of s. 8 by reference to the extent of that power would, at least in the circumstances of this case, be tantamount to a decision on the extent of that power. Clearly this would be the very object of any argument on constitutionality if the issue of constitutionality were raised. In my opinion, s. 8 must consequently be construed irrespective of the argument that respondent seeks to make from the provisions of the constitution, and accordingly the constitutional question must be left completely open.

As to the construction of the section by itself, I have already indicated why it does not appear to me that the words "penalty" and "fine" can be limited to what would be interest, that is to something accruing on a daily basis. This is not a case in which the maxim *noscitur a sociis* should be applied, as counsel for the respondent urged us to do, relying on certain sentences found in *Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 10th ed., p. 332. One needs only read the cases cited by the author to see that his statement cannot apply in the present circumstances. The suggested construction would amount to no less than depriving the words "penalty" and "fine" of any meaning, since "rate of interest" obviously includes whatever may be described as interest.

For these reasons I conclude that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside, and the jugment of the Superior Court restored with costs against respondent in all Courts.

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—In the circumstances, the issue is really between appellant, Les Immeubles Fournier Inc., and respondent, as appellant Rimouski Transport Ltée was only a party to the case in its capacity of guarantor.

Respondent did a considerable amount of work for appellant Fournier during the course of 1966. Fournier found itself unable to pay the

l'audition qu'en l'absence d'avis, la constitutionnalité du texte ne pourrait être débattue. A mon avis, nous ne devons d'aucune manière en l'instance, statuer sur l'étendue du pouvoir fédéral sur l'intérêt. Et ce serait statuer sur l'étendue de ce pouvoir que d'interpréter l'art. 8 en fonction de cette étendue, du moins dans les circonstances de la présente affaire. Il est évident que cela serait l'objet même du débat sur la constitutionnalité si elle était soulevée. Il faut donc, à mon avis, interpréter l'art. 8 sans égard à l'argument que l'intimée veut tirer du texte de la constitution et, par conséquent, laisser la question constitutionnelle entièrement réservée.

Quant à l'interprétation du texte considéré en lui-même, j'ai déjà indiqué pourquoi il me paraît impossible de restreindre les mots «peine» et «amende» à ce qui constituerait de l'intérêt, c'est-à-dire à ce qui croîtrait jour par jour. Ce n'est pas un cas où il puisse y avoir lieu d'appliquer la maxime *noscitur a sociis*, ainsi que l'avocat de l'intimée nous a invités à le faire en invoquant quelques phrases de *Maxwell on The Interpretation of Statutes* 10e éd., p. 332. Il suffit de lire les arrêts cités par l'auteur pour voir que son énoncé ne saurait s'appliquer en l'occurence. L'interprétation proposée ferait rien moins que priver de tout sens les mots «peine» et «amende» puisque «taux d'intérêt» comprend manifestement tout ce qui est intérêt.

Pour ces motifs, je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure avec dépens contre l'intimée dans toutes les Cours.

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident*)—Le débat, en l'espèce, est vraiment entre l'appelante, Les Immeubles Fournier Inc. et l'intimée, l'appelante Rimouski Transport Ltée n'étant partie au litige qu'en qualité de caution.

Au cours de l'année 1966, l'intimée avait fait des travaux considérables pour l'appelante Fournier. Celle-ci étant dans l'impossibilité de

balance of $313,033.70 owed under the contract for services, and not wanting to see the building subjected to a builder's privilege, entered into an agreement the introductory paragraph of which reads as follows:

[TRANSLATION] In consideration of the fact that Construction St-Hilaire Ltée is within the time limit for registration of a builder's privilege, and that it waives the right of registering a builder's privilege as a guarantee of its claim, so as to enable the owner to obtain a first mortgage, Immeubles Fournier Inc. has agreed to grant Construction St-Hilaire Ltée a mortgage to guarantee payment of the said amount of $313,033.70, of the interest on the said amount, and of any costs and expenditures needed for the preservation and recovery of said amount, and Les Immeubles Fournier Inc. specially assigns and mortgages to Construction St-Hilaire Ltée, which accepts through its representatives here present, to the extent of the sum owed, the following immoveables, to wit:

This agreement was signed on February 10, 1967, and gave appellant Fournier until May 1, 1967 for payment of the balance, with interest at six per cent as of December 30, 1966. It should be noted that the work had been concluded in November 1966.

The agreement contained the following stipulation:

Clause Six: INDEMNITY—If during the currency of this loan (that is to say, until the lender has received payment of all of the monies it is owed under these presents) the borrower or any other subsequent owner of the property, or of any part thereof, is declared bankrupt or makes a voluntary or forced assignment, or an authorized assignment, or files a proposal with his creditors, or if the property or any part thereof is subject to sale by the sheriff, or to any sale having the same effect, or to forced liquidation, or is expropriated, or is subject to a judgment ratifying title, or if the lender institutes legal proceedings pursuant to this contract, or if as the result of default by the borrower the lender is paid by any means other than as heretofore provided (for example, if collection of the monies owed is entrusted to an attorney at law as the result of any delay in payment by the borrower), the borrower shall pay the lender an indemnity equal to fifteen per cent (15%) of the total amount then due under this contract.

payer le solde de $313,033.70 dû aux termes du contrat d'entreprise et ne voulant pas voir l'immeuble chargé d'un privilège du constructeur, devint partie à une convention dont le paragraphe liminaire se lit comme suit:

En considération du fait que Construction St-Hilaire Ltée est dans les délais légaux pour enregistrer un privilège de constructeur et en considération du fait qu'elle renonce à enregistrer un privilège de constructeur pour garantir sa créance, afin de permettre au propriétaire d'obtenir une première hypothèque, la compagnie Les Immeubles Fournier Inc., a consenti à accorder à la compagnie Construction St-Hilaire Ltée une hypothèque à la garantie du paiement de ladite somme de $313,033.70, des intérêts d'icelle et de tous frais et déboursés pour la conservation et le recouvrement de ladite somme, la compagnie Les Immeubles Fournier Inc., affecte et hypothèque spécialement en faveur de Construction St-Hilaire Ltée, acceptant par l'intermédiaire de ses représentants, ici présents, jusqu'à due concurrence, les immeubles suivants, savoir:

Signée le 10 février 1967, cette convention accorde à l'appelante Fournier jusqu'au 1er mai 1967 pour le paiement du solde avec intérêt à six pour cent à compter du 30 décembre 1966. Il est à noter que les travaux avaient pris fin en novembre 1966.

Cette convention contient la stipulation suivante:

Article sixième: INDEMNITÉ—Si, pendant la durée de ce prêt (c'est-à-dire jusqu'à ce que le prêteur ait reçu paiement de toutes sommes à lui payables en vertu des présentes), l'emprunteur ou tout autre propriétaire subséquent de la propriété ou de toute partie d'icelle est déclaré en faillite ou fait une cession volontaire ou forcée, ou une cession autorisée ou offre un concordat à ses créanciers, ou si la propriété ou toute partie d'icelle est vendue par le shérif ou par vente ayant le même effet, ou par liquidation forcée, ou est expropriée, ou devient l'objet d'un jugement en ratification de titres, ou si le prêteur institue des procédures en justice en vertu du présent contrat, ou si, par suite du défaut de l'emprunteur, le prêteur est payé autrement que ci-dessus prévu (par exemple, si la perception en est confiée à un avocat par suite du retard de l'emprunteur), l'emprunteur devra payer au prêteur une indemnité égale à quinze pour cent (15%) du montant total alors dû en vertu du présent contrat.

The sum of money referred to in the agreement was not paid on May 1st, and respondent granted a few extensions for payment, until it finally instituted the proceedings herein on July 10, 1967. In addition to the principal sum, interest and costs, the action claims the sum of $48,429.31, being the 15 per cent indemnity provided for by clause six above.

While appellants made offers of payment of the principal, interest and costs, they raised three grounds of defence to the action, in the Superior Court as well as in the Court of Appeal:

—the action is premature, as appellants were not in breach of their obligations;

—article 1040c of the *Civil Code* should be applied, as the cost of the loan is excessive and the transaction harsh and unconscionable;

—the penal clause represented by clause six is contrary to art. 1077 of the *Civil Code*, and so contrary to public order.

The trial court accepted appellants' argument on the first point. This holding was set aside by the Court of Appeal, and I concur completely with the opinion of Turgeon J.A., who spoke for the Court. One might add that appellants themselves waived this argument when they included the costs of the action in their offers of payment: if the action were premature no costs would be due.

The Court of Appeal also rejected the argument based on art. 1040c of the *Civil Code*. As this point was not raised in this Court, I shall not deal with it further.

With regard to art. 1077, the Court of Appeal concluded that this was not a public order provision, and that the type of penal clause represented by clause six of the agreement is perfectly valid under art. 1133 of the *Civil Code*. Here again I concur with Turgeon J.A., and can find no better statements of the law than those of Mignault, *Droit civil canadien*, vol 5, p. 427, and Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, vol 7a, No. 490, p. 433.

Le montant mentionné dans la convention ne fut pas payé le 1er mai et le délai fut prolongé à quelques reprises par l'intimée jusqu'à ce que finalement celle-ci intente ses procédures le 10 juillet 1967. Y est réclamée, en outre du capital, des intérêts et des frais, la somme de $48,429.31, soit l'indemnité de 15 pour cent en vertu de la clause 6 précitée.

Tout en faisant des offres réelles quant au capital, aux intérêts et aux frais, les appelantes ont opposé à cette action trois moyens de défense tant devant la Cour supérieure que devant la Cour d'appel.

—l'action est prématurée, les appelantes n'étant pas en défaut de remplir leurs obligations;

—l'art. 1040*c* du *Code civil* doit recevoir son application, le coût du prêt étant excessif et l'opération abusive et exorbitante;

—la clause pénale que constitue l'art. 6 est contraire à l'art. 1077 du *Code civil*, donc contraire à l'ordre public.

Sur le premier point, le tribunal de première instance a donné raison aux appelantes. Cette conclusion fut mise de côté par la Cour d'appel et je partage entièrement l'opinion de M. le Juge Turgeon parlant pour la Cour. On pourrait ajouter que les appelantes ont elles-mêmes renoncé à ce moyen lorsqu'elles ont inclus les frais de l'action dans leurs offres réelles; si l'action était prématurée, les frais n'étaient pas dus.

La Cour d'appel a aussi écarté l'argument tiré de l'art. 1040*c* du *Code civil*. Comme ce moyen n'a pas été invoqué devant nous, je ne m'y attarde pas.

Quant à l'art. 1077, la Cour d'appel en est venue à la conclusion qu'il ne s'agit pas là d'une disposition de droit public et que le type de clause pénale que constitue l'art. 6 de la convention est parfaitement valide aux termes de l'art. 1133 du *Code civil*. Ici encore, je suis d'accord avec M. le Juge Turgeon et ne peux mieux faire que d'adopter sur le point les vues de Mignault—*Droit civil canadien*, vol. 5, p. 427 et

The real problem is to determine the scope of the *Interest Act*, R.S.C. 1952, c. 156 (now R.S.C. 1970, c. I-18), in particular s. 8. This point was raised in this Court for the first time, and for this reason a re-hearing before the full Court was ordered. Before the second hearing the parties were asked to indicate whether they wished to argue the question of constitutionality, but they preferred to submit the case on the record as it stood.

The relevant sections of the *Interest Act* are as follows:

**6.** Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is, by the mortgage, made payable on the sinking fund plan, or on any plan under which the payments of principal money and interest are blended, or on any plan that involves an allowance of interest on stipulated repayments, no interest whatever shall be chargeable, payable or recoverable, on any part of the principal money advanced, unless the mortgage contains a statement showing the amount of such principal money and the rate of interest chargeable thereon, calculated yearly or half-yearly, not in advance. R.S. c. 102, s. 6.

**7.** Whenever the rate of interest shown in the statement mentioned in section 6 is less than the rate of interest that would be chargeable by virtue of any other provision, calculation or stipulation in the mortgage, no greater rate of interest shall be chargeable, payable or recoverable, on the principal money advanced, than the rate shown in such statement. R.S. c. 102, s. 7.

**8.** (1) No fine or penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrears of principal or interest secured by mortgage of real estate, that has the effect of increasing the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears.

(2) Nothing in this section has the effect of prohibiting a contract for the payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrears. R.S. c. 102, s. 8.

**9.** If any sum is paid on account of any interest, fine or penalty not chargeable, payable or recoverable

de Faribault—*Traité de droit civil du Québec*, vol. 7-bis, no 490, p. 433.

Le vrai problème est de déterminer la portée de la *Loi sur l'intérêt*, S.R. 1952, c. 156 (maintenant S.R. 1970, c. I-18), particulièrement de son art. 8. Ce point a été soulevé pour la première fois devant cette Cour et pour cette raison une ré-audition a été ordonnée devant les neuf juges. Avant cette seconde audition, les parties ont été invitées à dire si elles désiraient soulever la question de constitutionnalité mais elles ont préféré soumettre la cause sur le dossier tel que constitué.

Les articles pertinents de la *Loi sur l'intérêt* sont les suivants:

**6.** Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds est stipulé, par l'acte d'hypothèque, payable d'après le système du fonds d'amortissement, ou d'après tout système en vertu duquel les versements du principal et de l'intérêt sont confondus, ou d'après tout plan ou système qui comprend une allocation d'intérêt sur des remboursements stipulés, aucun intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable sur une partie quelconque de la somme principale prêtée, à moins que l'acte d'hypothèque ne contienne un état de la somme principale et du taux de l'intérêt exigible à son égard, calculé annuellement ou semestriellement, mais non d'avance. S.R., c. 102, art. 6.

**7.** Lorsque le taux d'intérêt indiqué dans cet état est moindre que celui qui serait exigible en vertu de quelque autre disposition, calcul ou stipulation de l'acte d'hypothèque, il n'est exigible, payable ou recouvrable sur le principal avancé aucun intérêt plus élevé que le taux énoncé dans l'état. S.R., c. 102, art. 7

**8.** (1) Il ne peut être stipulé, retenu, réservé ni exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêt garantis par hypothèque sur biens-fonds, aucune amende, peine ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur ces arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré.

(2) Rien dans le présent article n'a pour effet de prohiber un contrat pour le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré. S.R., c. 102, art. 8.

**9.** S'il est payé quelque somme à compte d'un intérêt, d'une amende ou peine qui ne sont pas exigi-

under section 6, 7 or 8, such sum may be recovered back, or deducted from any other interest, fine or penalty chargeable, payable or recoverable on the principal. R.S. c. 102, s. 9.

Before examining the *Interest Act* to determine whether, as appellants maintain, it constitutes a bar to the action, we should consider the history of this legislation.

In 1853, by 16 Victoria, c. 80, the two houses of the Canadian Legislature enacted that

(a) penalties for usury were abolished; (s. II)

(b) the interest rate was set at six per cent, and contracts and securities were void as regards any excess of interest above six per cent; (s. III)

(c) these provisions were not to apply to banks, insurance companies nor to persons or corporations authorized by law to lend money at higher rates; (s.IV).

In 1858, by 22 Victoria, c. 85, s. III of the 1853 Act was repealed, and the following two provisions, *inter alia*, were adopted:

2. It shall be lawful for any person or persons, other than those excepted in this Act, to stipulate for, allow and exact, on any contract or agreement whatsoever, any rate of interest or discount which may be agreed upon.

. . .

5. Six per cent per annum shall continue to be the rate of interest in all cases where, by the agreement of the parties or by law, interest is payable, and no rate has been fixed by the parties or by the law.

It should be noted that the exceptions referred to in s. 2 do not apply here.

In 1859, by R.S. c. 58, ss. 2 and 5 of the 1858 Act, cited above, became ss. 3 and 8 of the revision.

bles, payables ou recouvrables en vertu des articles 6, 7 ou 8, cette somme peut être recouvrée ou déduite de tout autre intérêt, amende ou peine exigibles, payables ou recouvrables sur le capital. S.R., c. 102, art. 9.

Avant d'examiner la *Loi sur l'intérêt* pour déterminer si, comme le soutiennent les appelantes, elle constitue une fin de non-recevoir à l'action, il y aurait avantage à regarder l'historique de cette législation.

En 1853, par 16 Victoria, c. 80, il fut statué par les Chambres législatives du Canada que

a) les pénalités pour usure sont abolies; (art. II)

b) le taux d'intérêt est fixé à 6 pour cent et les conventions et garanties sont nulles en autant qu'il s'agit de l'excédent d'intérêt au-dessus de ce pourcentage; (art. III)

c) ces dispositions ne s'appliquent pas aux banques, aux compagnies d'assurance, non plus qu'aux personnes ou corporations autorisées par la loi à prêter à des taux plus élevés; (art. IV)

En 1858, par 22 Victoria, 85, l'art. III de la Loi de 1853 fut abrogé et furent adoptées entre autres les deux dispositions suivantes:

2. Il sera loisible à toute personne ou personnes autres que celles exceptées dans le présent acte, de stipuler, donner et exiger sur tout contrat ou convention quelconque, tel taux d'intérêt ou d'escompte dont il pourra avoir été convenu.

. . .

5. Le taux de six pour cent par année continuera d'être le taux d'intérêt dans tous les cas où intérêt, soit par la convention des parties ou en vertu de la loi, doit être payé et lorsqu'aucun taux n'aura été fixé par les parties ou par la loi.

Il faut noter que les exceptions mentionnées dans l'art. 2 n'ont pas d'application en l'espèce.

En 1859, par S.R., c. 58, les art. 2 et 5 précités de la Loi de 1858 deviennent les art. 3 et 8 de la révision.

In the same year (1859), the provisions of the 1853 Act of the province of Canada were adopted in substance in New Brunswick by c. 21 of 22 Victoria.

In 1868, Prince Edward Island in its turn, by c. 8 of the Statutes 31 Victoria, adopted the principles laid down in 1853 by Canada and in 1859 by New Brunswick.

In 1873, by 36 Victoria, c. 71, the Canadian Parliament adopted an *Act respecting Interest and Usury in the Province of Nova Scotia.* Its main provisions were as follows:

(a) in the absence of any specific provision, the normal rate would be six per cent;

(b) the rate of interest might be as high as seven per cent for a loan or forbearance of money to be secured on real estate;

(c) if other security was given, the interest could be as high as 10 per cent;

(d) interest exceeding these percentages was uncollectable.

In 1875 the Canadian Parliament, by 38 Victoria, c. 18, adopted an *Act relating to Interest and Usury in the Province of New Brunswick,* according to which from April 8, 1875 onwards "any person [might] stipulate for, allow and exact on any contract or agreement whatsoever made or to be performed in the province of New Brunswick any rate of interest or discount which may be agreed upon".

In 1880 we see appearing for the first time, in 43 Victoria, c. 42, provisions which, with some changes, were to become ss. 6, 7, 8 and 9 of the *Interest Act.* The title of this statute was *An Act relating to Interest on moneys secured by Mortgage of Real Estate,* and the relevant sections read as follows:

1. Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is by the same made payable on the sinking fund plan, or on any plan under which the payments of principal money and interest are blended, or on any plan which involves an allowance of interest on stipulated repayments, no interest whatever shall be chargeable, pay-

La même année (1859), au Nouveau-Brunswick, par le c. 21 de 22 Victoria étaient adoptées en substance les dispositions de la Loi de 1853 de la province du Canada.

A son tour, l'Île du Prince-Édouard, en 1868, par le c. 8 des statuts 31 Victoria, adoptait les principes posés en 1853 par le Canada et en 1859 par le Nouveau-Brunswick.

En 1873, par 36 Victoria, c. 71, le Parlement canadien adoptait une loi *concernant l'intérêt et l'usure dans la province de la Nouvelle-Écosse.* Ses dispositions principales étaient les suivantes:

a) le taux normal en l'absence de disposition spécifique sera de six pour cent;

b) le taux d'intérêt pourra aller jusqu'à sept pour cent pour le prêt ou l'usage de deniers qui doivent être garantis sur des propriétés foncières;

c) si la garantie est autre, l'intérêt pourra aller jusqu'à 10 pour cent

d) les intérêts dépassant ces pourcentages ne pourront être perçus.

En 1875, le Parlement canadien par 38 Victoria, c. 18, adopte une loi *concernant l'intérêt et l'usure dans la province du Nouveau-Brunswick* aux termes de laquelle à compter du 8 avril 1875 «chacun pourra stipuler, consentir ou exiger, sur tout contrat ou convention quelconque, fait ou à faire dans la province du Nouveau-Brunswick, tout taux d'intérêt ou d'escompte qui pourra être convenu».

En 1880, par 43 Victoria, c. 42, apparaissent pour la première fois les dispositions qui, avec quelques modifications, deviendront les art. 6, 7 8 et 9 de la *Loi sur l'intérêt.* Cette loi porte le titre *Acte concernant l'intérêt sur les deniers garantis par hypothèque sur propriété foncière* et ses articles pertinents se lisent comme suit:

1. Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur propriété foncière sera stipulé payable par l'acte d'hypothèque, d'après le système du fonds d'amortissement, ou d'après tout autre plan par lequel le remboursement du capital et le paiement de l'intérêt sont confondus, ou d'après tout plan ou système qui comprend une réduction

able or recoverable, on any part of the principal money advanced, unless the mortgage contains a statement showing the amount of such principal money and the rate of interest chargeable thereon, calculated yearly or half-yearly, not in advance.

**2.** Whenever the rate of interest shown in the statement referred to in the next preceding section is less than the rate of interest that would be chargeable by virtue of any other provision, calculation or stipulation in the mortgage, no greater rate of interest shall be chargeable, payable or recoverable on the principal money advanced than the rate shewn in the said statement.

**3.** No fine or penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrear of principal or interest which shall have the effect of increasing the charge on any such arrear beyond the rate of interest payable on principal money not in arrear: Provided always, that nothing in this section contained shall have the effect of prohibiting a contract for the payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrear.

**4.** In case any sum is paid on account of any interest, fine or penalty not chargeable, payable or recoverable under the foregoing sections, such sums may be recovered back or deducted from any other interest, fine or penalty chargeable, payable or recoverable on the principal.

It may be worth noting that s. 3 reproduces in essence s. 97 of the *Canada Joint Stock Companies' Act*, (1877), 40 Victoria, c. 43, which read as follows:

**97.** The Company may stipulate for, take, reserve and exact any rate of interest or discount that may be lawfully taken by individuals, or in the Province of Quebec by incorporated Companies under like circumstances, and may also receive an annual payment on any loan by way of a sinking fund for the gradual extinction of such loan, upon such terms and in such manner as may be regulated by the by-laws of the Company: Provided always, that no fine or penalty shall be stipulated for, taken, reserved or exacted in respect of arrears of principal or interest, which shall have the effect of increasing the charge in respect of arrears beyond the rate of interest or discount on the loan.

d'intérêt sur des remboursements stipulés, aucun intérêt quelconque ne sera exigible, payable ou recouvrable, sur aucune partie de la somme principale prêtée, à moins que l'acte d'hypothèque ne contienne une mention de telle somme principale et du taux d'intérêt, calculé annuellement ou semi-annuellement, exigible sur cette somme, mais non d'avance.

**2.** Lorsque le taux d'intérêt indiqué dans la mention prescrite par la section précédente sera moindre que celui qui serait exigible en vertu de quelque autre disposition, calcul ou stipulation de l'acte d'hypothèque, il ne sera exigé, payé ou recouvré aucun taux d'intérêt plus élevé, sur le capital prêté, que celui énoncé dans la dite mention.

**3.** Il ne sera stipulé, pris, réservé ou exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêt, aucune amende, peine pécuniaire ou taux d'intérêt qui aurait l'effet d'élever les charges sur ces arrérages au-delà du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré; pourvu toujours que rien dans la présente section n'ait l'effet de prohiber aucune convention pour le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas le taux payable sur le principal non arriéré.

**4.** S'il est payé quelque somme à compte d'un intérêt, d'une amende ou pénalité qui ne sont pas exigibles, payables ou recouvrables en vertu des sections précédentes, cette somme pourra être répétée ou déduite de tout autre intérêt, amende ou pénalité exigibles, payables ou recouvrables sur le capital.

Il peut être intéressant de noter que l'art. 3 reproduit en substance l'art. 97 de l'*Acte des Compagnies par actions en Canada*, (1877), 40 Victoria, c. 43, se lisant comme suit:

**97.** La compagnie pourra stipuler, prendre, retenir et exiger tout intérêt ou escompte qui pourra être légalement pris par les particuliers ou, dans la Province de Québec, par des compagnies incorporées, dans les mêmes circonstances, et elle pourra aussi recevoir sur ses prêts un paiement annuel à titre de fonds d'amortissement pour l'extinction graduelle de ce prêt, aux conditions et de la manière que les règlements de la compagnie établiront; pourvu toujours qu'aucune amende ou pénalité ne sera stipulée, prise, retenue ou exigée à l'égard des arrérages de principal ou d'intérêt, qui aurait l'effet d'accroître les charges à l'égard des arrérages au-delà du taux d'intérêt ou d'escompte sur le prêt.

It should be emphasized that s. 97 of the 1877 Act is part of a grouping applicable only to loan companies, and refers to interest "on the loan", and not interest "on principal money not in arrear".

In 1886, by 49 Victoria, c. 44, Parliament adopted an *Act respecting Interest in the Province of British Columbia.*

In the same year (1886), R.S., c. 127, Parliament

(1) reaffirmed the right to exact any rate of interest or discount agreed upon;

(2) set the rate of interest at six per cent where none had been fixed by the parties or by law;

(3) repeated (in ss. 3, 4, 5 and 6) ss. 1 to 4 inclusive of 43 Victoria, c. 42, with certain changes of detail, the latter being chiefly the following:

—the new s. 5 (formerly 3) began with the words "No fine or penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrear of principal or interest secured by mortgage of real estate . . .";

—in the same section, the expression "peine pécuniaire" (penalty) was changed to "somme pénale";

(4) consolidated the statutes adopted for each province over the years.

In 1889 the *Act respecting Interest* was amended for the Northwest Territories with respect to interest on judgment debts.

In the following year, by 53 Victoria, c. 34, s. 7 was amended to remove from its application mortgages given by corporations.

In 1894, 57-58 Victoria, c. 22 introduced a new amendment, relating this time to British Columbia, with respect to interest on judgment debts.

In 1897 a new Act, titled an *Act respecting Interest*, was adopted by 60-61 Victoria, c. 8, in the following form:

A souligner que cet art. 97 de la Loi de 1877 se retrouve dans un groupe s'appliquant aux seules compagnies de prêts et réfère à l'intérêt «sur le prêt» et non à l'intérêt «sur le principal non arriéré».

En 1886, par 49 Victoria, c. 44, le Parlement adopte une loi *concernant l'intérêt dans la province de la Colombie-Britannique.*

La même année (1886), S.R., c. 127, le Parlement

1) ré-affirme le droit d'exiger le taux d'intérêt ou d'escompte quel qu'il soit qui sera arrêté d'un commun accord;

2) établit à six pour cent le taux d'intérêt qui n'aura pas été fixé par les parties ou par la loi;

3) répète (art. 3, 4, 5 et 6) les art. 1 à 4 inclusivement de la loi 43 Victoria, c. 42, avec quelques modifications de détail dont principalement celles-ci:

—le nouvel art. 5 (autrefois 3) débute par les mots «Il ne sera stipulé, pris, retenu ou exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêt *garantis par hypothèque sur propriété foncière* . . .»;

—dans le même article, l'expression «peine pécuniaire» devient l'expression «somme pénale»;

4) rassemble les lois adoptées au cours des années pour chacune des provinces.

En 1889, cette *Loi concernant l'intérêt* fut modifiée pour les Territoires du Nord-Ouest relativement aux intérêts sur les sommes dues en vertu d'un jugement.

L'année suivante, par 53 Victoria, c. 34, l'art. 7 fut modifié pour soustraire de son application les hypothèques données par des corporations.

En 1894, 57-58 Victoria, c. 22, nouvelle modification, quant à la Colombie-Britannique cette fois, touchant les intérêts sur les sommes dues en vertu d'un jugement.

En 1897, par 60-61 Victoria, c. 8, fut adoptée une nouvelle loi intitulée *Acte concernant l'intérêt* et se lisant comme suit:

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:—

1. This Act may be cited as *The Interest Act*, 1897.

2. Whenever any interest is, by the terms of any written or printed contract and whether under seal or not, made payable at a rate or percentage per day, week, month, or at any rate or percentage for any period less than a year, no interest exceeding the rate or percentage of six per cent per annum shall be chargeable, payable or recoverable on any part of the principal money unless the contract contains an express statement of the yearly rate or percentage of interest to which such other rate or percentage is equivalent.

3. If any sum is paid on account of any interest not chargeable, payable or recoverable under the last preceding section, such sum may be recovered back or deducted from any principal or interest payable under such contract.

4. This Act shall not apply to mortgages on real estate.

In 1900, by 63-64 Victoria, c. 29, the legal rate was lowered from six to five per cent.

The 1906 revision (R.S.C., c. 120) codified the various statutes adopted since 1886, and since that time the *Interest Act* has had its present form, with regard to the provisions that concern us here. The relevant amendments enacted subsequently really consisted of

(a) creating two subsections in s. 8 (R.S.C. 1927, c. 102);

(b) replacing the expression "somme pénale" (penalty) in the first paragraph of s. 8 by the word "peine" (R.S.C. 1952, c. 156).

Before considering the effect of the *Interest Act* on the matter at bar, I would like to review in outline the decisions of this Court on the subject.

*The Peoples Loan and Deposit Company v. Grant*[13] applied the common law principle that if an agreement has not clearly stipulated the rate of interest for the period after the due date, only

[13] (1890), 18 S.C.R. 262.

Sa Majesté, par et avec l'avis et le consentement du Sénat et de la Chambre des Communes du Canada, décrète ce qui suit:—

1. La présente loi pourra être citée sous le titre: «Acte sur l'intérêt, 1897.»

2. Lorsque, aux termes d'un contrat, soit écrit ou imprimé et soit scellé ou non, quelque intérêt sera payable à un taux ou percentage par jour, semaine ou mois, ou à quelque taux ou percentage pour un temps moindre d'un an aucun intérêt au-dessus du taux ou percentage de six pour cent par an ne sera exigible, payable ni recouvrable sur aucune partie de la somme principale, à moins que le contrat ne contienne l'énonciation expresse du taux d'intérêt ou percentage par an auquel équivaut cet autre taux ou percentage.

3. En cas de paiement d'une somme d'argent pour un intérêt non exigible, payable ni recouvrable d'après le précédent article, cette somme pourra être répétée, ou imputée sur tout principal ou tout intérêt à payer en vertu du contrat.

4. Le présent acte ne s'appliquera pas aux hypothèques ni aux mortgages immobiliers.

En 1900, par 63-64 Victoria, c. 29, le taux légal fut diminué de six à cinq pour cent.

La révision de 1906 (S.R.C., c. 120) groupa les différents statuts adoptés depuis 1886 et depuis lors la *Loi concernant l'intérêt* a, pour les dispositions qui nous intéressent, la physionomie qu'elle a aujourd'hui. Les modifications pertinentes qui ont suivi se limitent vraiment

a) à créer deux paragraphes dans l'art. 8 (S.R.C. 1927, c. 102);

b) à remplacer l'expression «somme pénale» dans le premier alinéa de l'art. 8 par le mot «peine» (S.R.C. 1952, c. 156).

Avant d'étudier l'effet de la *Loi sur l'intérêt* dans le litige qui nous est soumis, j'aimerais rappeler à grands traits les arrêts de notre Cour sur la matière.

*The Peoples Loan and Deposit Company c. Grant*[13], applique le principe de la «common law" que si la convention ne stipule pas clairement le taux d'intérêt pour la période après

[13] (1890), 18 R.C.S. 262.

the legal rate will be allowed.

In *Lynch v. The Canada North-Westland Company*[14], it was held that a 10 per cent penalty added on to unpaid taxes was not interest.

The following cases, decided on the same day—*The Canadian Mortgage Investment Company v. W. F. Cameron*[15] and *Standard Reliance Mortgage Corporation v. Lewis St. George Stubbs*[16]—established that the sole requirement of the provisions of s. 6 of the *Interest Act* was that the principal money advanced and the rate of interest exacted by the lender be stated, and affixing to the mortgage deed a tabulation giving a breakdown of interest and capital for each payment was held not to be necessary.

In *The London Loan and Savings Company of Canada v. Robert K. Meagher*[17], the following problem was before the Court: if at the time the loan document was signed the borrower paid a bonus of $3,000 to the lender forthwith from the monies loaned, was the latter in breach of the provisions of the *Interest Act*, in particular s. 6? This question was unanimously answered in the negative.

A problem of the same type arose in *Asconi Building Corporation v. Dominique Vocisano*[18], with the difference that, on receipt of the borrowed funds, the borrower immediately paid a portion of the interest in advance and paid the lender a bonus. Here again the Court unanimously concluded that the principles of the *Interest Act* had not been infringed.

In 1963 the Act was considered from the constitutional standpoint in *The Attorney General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*[19]. In essence, the decision of the Court was that the

[14] (1891), 19 S.C.R. 204.
[15] (1917), 55 S.C.R. 409.
[16] (1917), 55 S.C.R. 422.
[17] [1930] S.C.R. 378.
[18] [1947] S.C.R. 358.
[19] [1963] S.C.R. 570.

terme, seul l'intérêt légal peut être perçu.

Dans *Lynch c. The Canada North-Westland Company*[14], il est décidé que la pénalité de 10 pour cent ajoutée aux taxes impayées n'est pas de l'intérêt.

Les causes suivantes, décidées le même jour, *The Canadian Mortgage Investment Company c. W. F. Cameron*[15] et *Standard Reliance Mortgage Corporation c. Lewis St. George Stubbs*[16], établissent que les dispositions de l'art. 6 de la *Loi sur l'intérêt* n'exigent pas autre chose que la mention du capital emprunté et du taux d'intérêt exigé par le prêteur et qu'il n'est pas nécessaire d'attacher à l'acte d'hypothèque un tableau donnant pour chaque versement la répartition de celui-ci entre l'intérêt et le capital.

Dans l'affaire *The London Loan and Savings Company of Canada c. Robert K. Meagher*[17], le problème suivant était à l'étude: si lors de la signature de l'acte d'emprunt, l'emprunteur remet immédiatement à même les argents prêtés un bonus de $3,000 au prêteur, celui-ci viole-t-il les dispositions de la *Loi sur l'intérêt*, particulièrement son art. 6? A l'unanimité, une réponse négative fut donnée à cette question.

Un problème de même genre se soulevait dans l'affaire *Asconi Building Corporation c. Dominique Vocisano*[18], à la différence que l'emprunteur, sur réception des montants empruntés, avait immédiatement payé d'avance une partie des intérêts et remis un bonus au prêteur. Ici encore à l'unanimité la Cour en vint à la conclusion qu'il n'y avait pas violation des principes de la *Loi sur l'intérêt*.

En 1963, la loi fut examinée sous l'aspect constitutionnel dans *The Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*[19] En substance, la décision de la Cour fut que la *Loi sur*

[14] (1891), 19 R.C.S. 204.
[15] (1917), 55 R.C.S. 409.
[16] (1917), 55 R.C.S. 422.
[17] [1930] R.C.S. 378.
[18] [1947] R.C.S. 358.
[19] [1963] R.C.S. 570.

*Interest Act* should be strictly construed and limited to interest *qua* interest, with the result that provincial legislation on unconscionable transactions was held to be perfectly valid.

Once again, in *Kilgoram Hotels Limited et al. v. John Samek et al.*[20], freedom of contract was upheld, with the Court holding that a mortgage which clearly stated the principal amount borrowed and the rate of interest, and which noted that payments were to be applied to interest first, and then to principal, did not fall within the scope of s. 6.

This review would be incomplete without reference to *Coupland Acceptance Limited v. Edwin Alexander Walsh*[21]. I shall discuss that case in a moment.

I turn again to the contention of appellants that the *Interest Act*, in particular s. 8 of that Act, constitutes a bar to respondent's action with respect to the 15 per cent indemnity stipulated in clause 6 of the agreement. In my opinion this ground cannot be accepted.

The philosophy of the *Interest Act* is simple: absolute freedom of contract exists, and the Act intervenes, to fix the interest rate at five per cent only where there has been no agreement.

I see only two exceptions to this general principle:

—the first (s. 4), applies to all arrangements which are not mortgages on real estate, whenever the interest is made payable at a percentage per day, week or month, or at any rate or percentage for any period less than a year;

—the other (s. 6), applies to mortgages on any of the plans referred to in the section, the underlying idea being the blending of principal and interest.

In these two exceptional cases, special provisions apply. As to the remainder, once again,

[20] [1968] S.C.R. 3.
[21] [1954] S.C.R. 90.

*l'intérêt* devait être interprétée restrictivement et limitée à l'intérêt *qua* intérêt de sorte que la législation provinciale touchant les transactions oppressives fut déclarée parfaitement valide.

De nouveau, dans *Kilgoram Hotels Limited et al. c. John Samek et al.*[20], la liberté contractuelle fut affirmée, la Cour en venant à la conclusion qu'un acte d'hypothèque donnant clairement le montant du capital emprunté et le taux de l'intérêt et mentionnant que les versements doivent d'abord être appliqués à l'intérêt et ensuite au capital ne tombe pas sous le coup de l'art. 6.

Cette revue ne serait pas complète si mention n'était faite de *Coupland Acceptance Limited c. Edwin Alexander Walsh*[21]. J'y référerai tout à l'heure.

Revenons maintenant à l'affirmation des appelantes que la *Loi sur l'intérêt*, et particulièrement son art. 8, constitue une fin de non-recevoir à l'action de l'intimée quant à l'indemnité de 15 pour cent stipulée dans l'art. 6 de la convention. A mon avis, ce moyen doit être écarté.

La philosophie de la *Loi sur l'intérêt* est simple: il y a liberté absolue de convention et ce n'est qu'en l'absence d'entente que la Loi intervient pour fixer l'intérêt au taux de cinq pour cent.

A ce principe général, je ne vois que deux exceptions:

—une première (art. 4) traitant de toutes les matières qui ne sont pas des hypothèques sur les biens-fonds lorsque le taux d'intérêt est payable à un pourcentage par jour, semaine ou mois ou à un taux ou pourcentage pour une période de moins d'un an:

—la deuxième (art. 6) touchant les hypothèques d'après l'un ou l'autre des plans mentionnés dans l'article, l'idée maîtresse étant la confusion du principal et de l'intérêt.

Dans ces deux cas d'exception, des dispositions spéciales prévalent. Pour le reste, encore une

[20] [1968] R.C.S. 3.
[21] [1954] R.C.S. 90.

the Act recognizes absolute freedom of contract.

This, moreover, was how the legislation now before the Court came into being, and it is for this reason that I have thought it advisable to deal with the successive legislative enactments at some length. It is clear that from the time the usury laws were abolished freedom of contract has been the rule, and that the legislature has only intervened in specific problem situations. In the present case, I should like to adopt the following remarks from an article in 18 *Revue du Notariat*, at p. 166:

> Formerly building societies and individuals stipulated in mortgage deeds wherein capital and interest were blended, that if payments were not made at the due date the debtor would have to pay, over and above these payments, a predetermined, fixed fine. Such fines may no longer be stipulated for:

In its decisions our Court has from the first applied this philosophy. We need only read the decisions to which I referred briefly above to see that such freedom of contract with respect to interest, introduced over a hundred years ago and unchanged since that time, has been and continues to be given full judicial recognition.

Seen in this light, ss. 6, 7, 8 and 9 must, and I say this with all due respect for the contrary opinion, be read as a whole. Indeed, the very wording of s. 9 suggests such method of construction, and any other approach does violence to the spirit of this legislation, by extending it into an area not properly its own.

This is the proposition to be found in the decision of this Court in *London Loan & Savings Co. of Canada v. Meagher*[22]. It is true that it was not strictly necessary to decide the point in that case. However, the decision asserts the proposition at least by implication, in quoting the four sections now under consideration, and the quotation corresponds to those to be found

[22] [1930] S.C.R. 378.

fois la Loi reconnaît la liberté absolue des conventions.

C'est ainsi d'ailleurs que s'est développée la législation que nous avons maintenant devant nous et c'est pour cette raison que j'ai cru bon de référer longuement à l'évolution des textes législatifs. Il est clair qu'à compter de l'abolition des lois sur l'usure, la liberté de contrat a été la règle et que seuls des problèmes particuliers ont amené le législateur à intervenir. En l'espèce, je suis porté à adopter les phrases suivantes tirées d'un article dans *18 Revue du Notariat*, à la p. 166:

> Autrefois les sociétés de construction et les particuliers stipulaient dans les actes d'hypothèque dans lesquels le capital et les intérêts étaient confondus, que si les versements ne se faisaient pas à l'échéance le débiteur aurait à payer, en sus de ces versements, une amende fixée et déterminée d'avance. Aujourd'hui, il n'est plus permis de stipuler de telles amendes:

Cette philosophie, notre Cour par ses arrêts l'a appliquée d'emblée. Il suffit de relire les décisions auxquelles j'ai référé rapidement plus haut pour constater que cette liberté contractuelle dans le domaine de l'intérêt édictée il y a plus de cent ans et inchangée depuis lors a reçu et continue de recevoir sa pleine reconnaissance judiciaire.

Dans cette lumière, il faut, et je le dis en toute déférence pour l'opinion contraire, lire comme un tout les arts. 6, 7, 8 et 9. Le texte lui-même de l'art. 9 nous y invite d'ailleurs et toute autre lecture fait violence à l'esprit de cette loi en la faisant déborder dans un domaine qui n'est pas le sien.

C'est l'affirmation que l'on retrouve dans le jugement de notre Cour dans l'affaire *London Loan & Savings Co. of Canada c. Meagher*[22]. Il est vrai que dans cette affaire il n'était pas strictement nécessaire de décider le point. Toutefois, le jugement l'affirme au moins implicitement en citant les quatre articles qui nous intéressent ici et cette citation correspond à celles

[22] [1930] R.C.S. 378.

in the factums of appellant and respondent. It follows, therefore, that the matter in issue was at least presented in that light, particularly as the trial decision refers in passing to s. 8 of the Act.

The decision in *Vocisano* adopted the conclusions of the *Meagher* decision without discussion.

It is true that in *Coupland Acceptance Limited v. Edwin Alexander Walsh*[23], Kellock J., for the Court, said the following at p. 94:

> The respondents contend in any event, however, that the appellant's claim is to be reduced by the sum of $2,126.25, representing interest at the rate of 2 per cent per month for the two months following the maturity of the Kerbel mortgage to the time of its payment off, as recovery of any amount beyond the rate of 5 per cent payable before maturity is prohibited by s. 8 of the *Interest Act*, R.S.C. 1927, c. 102. To this the appellant objects that the payment of this amount is not to be ascribed to any moneys advanced by it but that the mortgagor, who provided the sum of $8,500 over and above the amount advanced by the appellant, must be taken to have made this payment. I think this objection is well taken but nonetheless, following the terms of s. 8, the appellant may not rely upon the provisions of the Kerbel mortgage with respect to interest beyond a rate of 5 per cent from May 9, 1951.

As to this, I would make the following observations:

(1) the sum of $2,126.25 was not in fact deducted from the amount for which appellant was given priority over respondents;

(2) the interest was reduced to five per cent only after the payment by appellant to Kerbel, that is on May 9, 1951;

(3) this question had not been discussed by appellant in its factum, as its reference to the *Meagher* case applied only to the bonus of $6,000;

[23] [1954] S.C.R. 90.

que l'on retrouve dans les factums de l'appelante et de l'intimée. Il faut donc conclure que le litige a au moins été présenté dans cette lumière, d'autant plus que le jugement de première instance mentionne en passant l'art. 8 de la Loi.

L'arrêt *Vocisano* a adopté sans les discuter les conclusions de l'arrêt *Meagher*.

Il est vrai que dans l'affaire *Coupland Acceptance Limited c. Edwin Alexander Walsh*[23], M. le Juge Kellock, parlant pour la Cour, s'est exprimé comme suit à la p. 94:

> [TRADUCTION] Les intimés prétendent en tout état de cause, toutefois, que la réclamation de l'appelante doit être réduite de la somme de $2,126.25, représentant l'intérêt au taux de 2 pour cent par mois pour les deux mois écoulés depuis l'échéance de l'hypothèque Kerbel jusqu'à l'époque de l'acquittement de celle-ci, pour le motif que l'art. 8 de la *Loi de l'intérêt*, S.R.C. 1927, c. 102, interdit de recouvrer un montant qui dépasse un intérêt de 5 pour cent payable avant l'échéance. A cela l'appelante objecte que le paiement de cette somme ne doit pas être imputé à de l'argent avancé par elle, que le débiteur hypothécaire, qui a fourni la somme de $8,500 en sus de montant avancé par l'appelante, doit être considéré comme ayant effectué ce paiement. Je crois que cette objection a du sens mais néanmoins, suivant les termes de l'art. 8, l'appelante ne peut invoquer les dispositions de l'hypothèque Kerbel relativement à de l'intérêt qui dépasse un taux de 5 pour cent à compter du 9 mai 1951.

A ce sujet, je me permets les remarques suivantes:

1) la somme de $2,126.25 n'a pas été en fait retranchée du montant pour lequel l'appelante reçut priorité à l'encontre des intimés;

2) ce n'est qu'à compter du paiement par l'appelante à Kerbel, savoir le 9 mai 1951, que l'intérêt fut réduit à la somme de cinq pour cent;

3) cet aspect n'avait pas été discuté par l'appelante dans son factum, sa référence à l'arrêt *Meagher* ne s'appliquant qu'au bonus de $6,000;

[23] [1954] R.C.S. 90.

(4) with respect to the interest of two per cent per month, respondent had alleged in its factum both s. 8 of the *Interest Act* and the principles of equity applicable in Ontario;

(5) the real questions involved were entirely different, as appears from the headnote; this question of the two per cent monthly interest was minor and the whole of ss. 6 to 9 does not appear to have been considered.

For these reasons I do not feel I should follow the *Coupland* case in this instance, and I prefer to rely on the decision in *Meagher*.

Furthermore, even if an agreement such as that before the Court should be governed by s. 8 of the *Interest Act*, it is my opinion that the words used in that section do not support a dismissal of the claim of $48,429.31 made by respondent. The proper subject matter of the *Interest Act* is precisely the cost of borrowed money, payable on a daily basis, and nothing else. Even if the history of the statute could be left out of account, the meaning of the words "fine" and "penalty" used in the section is necessarily dependent on the key word, the noun "interest". The fines or penalties in question can only be charges partaking of the nature of interest, that is, increasing on a daily basis. They cannot extend to damages fixed contractually by the penal clause, damages which are settled once and for all, and which do not go on increasing day by day.

This was the conclusion arrived at by this Court in *Barfried*. If appellants' submissions are valid, and s. 8 of the *Interest Act* should be given the interpretation they suggest, the *Barfried* case was wrongly decided, and the Ontario legislation impugned in that case should not have been upheld. However, I believe the *Barfried* case was rightly decided, and I adopt the conclusions of the majority judges in that case. I shall not repeat them here.

Moreover, what is meant by s. 8, if not a payment the effect of which is to increase the charge on any such arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in

4) l'intimée, dans son factum, quant à l'intérêt de deux pour cent par mois, avait allégué et l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* et les principes de l'équité applicables en Ontario;

5) les vrais problèmes dans cet arrêt étaient autres ainsi qu'en fait foi le jugé; cet aspect de l'intérêt à deux pour cent par mois était mineur et l'ensemble des arts. 6 à 9 ne semble pas avoir été examiné.

Pour ces raisons, je ne crois pas devoir suivre l'arrêt *Coupland* en l'espèce, préférant m'appuyer sur l'arrêt *Meagher*.

Même si d'ailleurs une convention comme celle qui nous est soumise devait être régie par l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*, je suis d'avis que les mots employés dans cet article ne permettent pas d'écarter la réclamation de $48,429.31 faite par l'intimée. Ce qui est le sujet propre de la *Loi sur l'intérêt* est précisément le loyer de l'argent payable au jour le jour et rien d'autre. Les mots «amende» et «peine» employés dans l'article, même si l'on pouvait faire abstraction de l'histoire de cette loi, reçoivent nécessairement leur coloration du mot clef qu'est le substantif «intérêt». Les amendes ou peines dont il s'agit ici ne peuvent être que des charges participant de la nature de l'intérêt, *i.e.*, croissant au jour le jour. Elles ne peuvent s'étendre aux dommages fixés contractuellement par la clause pénale, dommages qui sont acquis une fois pour toutes et qui ne grandissent pas de jour en jour.

C'est la conclusion à laquelle cette Cour en est arrivée dans l'affaire *Barfried*. Si les prétentions des appelantes sont fondées et si l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* doit recevoir l'interprétation large qu'elles suggèrent, l'arrêt *Barfried* a été mal jugé et la législation ontarienne attaquée dans cet arrêt n'aurait pas dû être déclarée valide. Or, je crois que l'affaire *Barfried* a été bien jugée et je fais miens les propos des juges de la majorité dans cet arrêt. Je ne veux pas les répéter ici.

D'ailleurs de quoi parle l'art. 8, sinon d'un paiement qui a pour effet d'élever les charges sur ces arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré? Indépen-

arrears? Quite apart from any other consideration, for s. 8 to apply two things must be true:

(1) principal money not in arrears must still be owing on the day of default; as to this, it should be noted

(a) that s. 7 refers to principal money "advanced" and s. 8 to principal money "not in arrears"; Parliament having used two different expressions, we are thus dealing with two different situations;

(b) that the 1877 statute, from which s. 8 is derived, also refers to the loan, and not the arrears; two distinct wordings, and so two different situations;

(2) this payment must increase "the charge on any such arrears"; a penal clause is not a charge on arrears, but purely and simply an amount of damages liquidated in advance, arbitrarily, in accordance with an agreement.

These two conditions do not exist here.

Two words before concluding with this aspect of the issue. Subsection (2) of s. 8 was necessary, taking into account common law principles, if the creditor wished to obtain from his debtor, after partial default, a rate of interest exceeding the legal rate; otherwise the rule applied by our Court in *Grant*, cited above, would have limited the creditor's entitlement to this legal rate. Further, if appellants are correct, a debtor who settles in advance of the due date must pay an indemnity of three months' interest (s. 10), whereas a defaulting debtor would not have to pay any indemnity; Parliament must be taken to have been very kind indeed to defaulters.

For all these reasons, based on the philosophy, history and wording of the *Interest Act*, I conclude that the submissions of appellants on this point cannot be accepted.

It is thus unnecessary that I go one step further and consider that Act in the light of principles of construction proceeding from the division of legislative authority in Canada. Had

damment de toute autre considération, pour que l'art. 8 entre en jeu, il faut deux choses:

1) qu'à la date du défaut il reste un principal non arriéré; à ce sujet, il faut noter

a) que l'art. 7 parle du principal «avancé» et l'art. 8 du principal «non arriéré»; le législateur ayant employé deux expressions différentes, nous sommes donc en face de deux situations différentes;

b) que la loi de 1877, d'où l'art. 8 a été tiré, elle aussi réfère à l'emprunt et non aux arrérages; deux textes, donc deux situations;

2) que ce paiement élève «les charges sur ces arrérages»; une clause pénale n'est pas une charge sur un arrérage, mais purement et simplement un montant de dommages liquidé par avance de façon arbitraire conformément à une convention.

Ici, ces deux conditions n'existent pas.

Deux mots avant de clore cet aspect de la question. Le deuxième alinéa de l'art. 8, compte tenu des principes de la «common law», était nécessaire si le créancier désirait obtenir de son débiteur après défaut partiel un taux d'intérêt dépassant le taux légal; autrement, la règle appliquée par notre Cour dans l'affaire *Grant* précitée aurait limité les droits du créancier à ce taux légal. De plus, si les appelantes ont raison, le débiteur qui rembourse avant terme doit payer une indemnité de trois mois d'intérêt (art. 10), alors que le débiteur en défaut n'aurait à verser aucune indemnité; le législateur aurait été vraiment bien bon pour les retardataires.

Pour toutes ces raisons tirées et de la philosophie, et de l'histoire, et du texte de la *Loi sur l'intérêt*, j'en viens à la conclusion que les prétentions des appelantes sur ce point ne peuvent être accueillies.

Il ne m'est donc pas nécessaire d'aller un pas plus loin et d'examiner cette Loi à la lumière des principes d'interprétation tirés de la division de la compétence législative au Canada. Si je

I done so, my point of departure would have been the following passage from Falconbridge, *Law of Mortgages of Land*, 3rd ed., 1942, at p. 646:

> Mortgages, generally speaking, come within "property and civil rights in the province" (c), and for the present purpose difficulty arises only where interest and mortgages impinge on each other. The natural division between the legislative authority of the Dominion and that of the provinces would appear to be (1) to assign to the Dominion the power to legislate in relation to usury and the rate of interest generally, including the right to require that the rate of interest shall be stated clearly in a mortgage securing the repayment of a loan with interest and the power to prescribe the rate of interest payable in cases where the rate is not specified in a mortgage, and (2) to assign to the provinces the power to legislate in relation to the time and terms of redemption of a mortgage, including the power to provide upon what terms a mortgage shall be redeemable after a given period or after maturity, even though the terms prescribed involve the payment of interest in lieu of notice.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed with costs in all Courts,* MARTLAND, JUDSON, RITCHIE *and* DE GRANDPRÉ JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the plaintiffs, appellants: Gendreau & Pelletier, Rimouski.*

*Solicitors for the defendant, respondent: Rivard, Hickson, Sirois & Lemieux, Quebec.*

l'avais fait, mon point de départ aurait été le passage suivant tiré de Falconbridge—*Law of Mortgages of Land*, 3e ed., 1942, à la p. 646:

> [TRADUCTIONS] D'une manière générale, l'hypothèque relève de «la propriété et les droits civils dans la province» (c), et en ce qui nous concerne ici la difficulté ne se pose que lorsque l'intérêt et l'hypothèque se chevauchent. La division naturelle entre l'autorité législative du Dominion et celle des provinces semble être (1) d'attribuer au Dominion le pouvoir de légiférer relativement à l'usure et au taux d'intérêt en général, y compris le droit d'exiger que le taux d'intérêt soit énoncé clairement dans l'acte d'hypothèque garantissant le remboursement d'un prêt à intérêt et le pouvoir de prescrire le taux de l'intérêt payable dans les cas où le taux n'est pas spécifié dans l'acte d'hypothèque, et (2) d'attribuer aux provinces le pouvoir de légiférer relativement aux époques et conditions de rachat d'hypothèques, y compris le pouvoir de déterminer les conditions auxquelles une hypothèque peut être rachetée après un délai donné ou l'avènement du terme, même si les conditions prescrites comportent le paiement d'un intérêt tenant lieu d'avis.

Je rejetterais l'appel avec dépens.

*Appel accueilli avec dépens, dans toutes les Cours, les* JUGES MARTLAND, JUDSON, RITCHIE *et* DE GRANDPRÉ *étant dissidents.*

*Procureurs des demanderesses, appelantes: Gendreau & Pelletier, Rimouski.*

*Procureurs de la défenderesse, intimée: Rivard, Hickson, Sirois & Lemieux, Québec.*

**City of Montreal** *Appellant*;

and

**Esquire Club Inc.** *Respondent*;

and

**Municipal Court of the City of Montreal** *Mise-en-cause.*

1974: March 26; 1974: April 29.

Present: Laskin C.J. and Judson, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Municipal law—Operating without a licence—Summonses for breaches of municipal by-law—Issuance of writ of mandamus granted with postponement orders—Motion to strike order referring to further informations and summonses—Code of Civil Procedure, art. 758.*

The Club, which had been in operation for many years, had its application for renewal of the licence required by municipal by-laws refused by appellant, in 1963 and this led to the first writ of mandamus still pending and irrelevant to this appeal. Despite the lack of a licence it continued from 1963 to 1970 doing business and paid the applicable taxes and assessments without interference by the City, from 1963 to 1970. In 1970 summonses were served on it at the City's request for "operating" a business without the licence required. A judgment of the Superior Court, upheld by the Court of Appeal, granted respondent's petition for a second writ of mandamus, with an order to the mise-en-cause to postpone, until final judgment should be rendered, (1) the hearing of any summons served on the Club, and (2) the laying of any further information against the Club, and the issuance of any new summons. Appellant asks that the second conclusion be struck, relying on art. 758 of the *Code of Civil Procedure.*

*Held:* Judgment *a quo* varied by ordering postponement of hearing of any further summons served on respondent at the instance of appellant for the same purposes.

It is difficult to apply to this petition for mandamus the rules governing motions for evocation, as proposed by the Court of Appeal. These are two different domains. The comparison can hardly apply to proceedings not yet instituted, and it would lead

**La Ville De Montréal** *Appelante*;

et

**Esquire Club Inc.** *Intimée*;

et

**La Cour municipale de la Ville de Montréal** *Mise-en-cause.*

1974: le 26 mars; 1974: le 29 avril.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Judson, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Droit municipal—Opération sans permis—Sommations pour infractions à règlement municipal—Émission de bref de mandamus accordée avec ordonnances de sursis—Requête pour rayer ordonnance re plaintes et sommations supplémentaires—Code de procédure civile, art. 758.*

Le Club, qui opérait depuis plusieurs années, s'est vu refusé par l'appelante en 1963 le renouvellement du permis requis par les règlements municipaux, ce qui a entraîné l'émission d'un premier bref de *mandamus,* encore devant les tribunaux et qui n'est pas pertinent au pourvoi. En dépit de cette situation, il a continué de 1963 à 1970 de faire affaires et de payer les taxes et impositions fiscales pertinentes sans être gêné par la Ville, de 1963 à 1970. En 1970 des sommations lui furent signifiées à la demande de la Ville pour avoir «opéré» un commerce sans le permis requis. Un jugement de la Cour supérieure, confirmé par la Cour d'appel a accordé à l'intimée une requête pour l'émission d'un second bref de *mandamus* avec ordre à la mise-en-cause de surseoir, jusqu'à ce que jugement final soit rendu, 1) à l'audition de toute sommation au Club et 2) au dépôt de toute plainte supplémentaire contre le Club, ainsi qu'à l'émission de toute nouvelle sommation. L'appelante demande que soit radiée cette deuxième conclusion, invoquant l'art. 758 du *Code de procédure civile.*

*Arrêt:* Jugement dont appel modifié pour ordonner de surseoir à l'audition de toute nouvelle sommation signifiée à l'intimée à la demande de l'appelante pour les mêmes fins.

Il est difficile d'appliquer à cette demande de *mandamus* les règles régissant les demandes d'évocation, tel que le propose la Cour d'appel. Ce sont là deux domaines différents. Cette comparaison peut difficilement s'appliquer à des procédures non encore inten-

into an analysis of the meaning and scope of art. 758 *C.C.P.*, an analysis which does not seem to be called for in the circumstances. Basically, the parties are anxious to avoid being obliged to oppose each other in the Municipal Court before the merits of the claims put forward by respondent have been finally determined in the mandamus proceedings. The intention is therefore to arrive at this result while at the same time protecting appellant against the effects of prescription.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court. Judgment *a quo* varied by ordering postponement of hearing of any further summons served on respondent at the instance of appellant for the same purposes.

*R. Bilodeau,* for the appellant.

*J. P. Ste-Marie, Q.C.,* for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Appellant asks this Court to vary a Court of Appeal judgment affirming a Superior Court decision which granted a petition for issue of a writ of mandamus.

Respondent added two ancillary conclusions to those relating to the mandamus:

(1) that the hearing of any summons already served on the Club be postponed, and

(2) that the laying of any further information against the Club, and the issuance of any new summons, also be postponed.

In this Court the City does not object to that part of the judgment granting a writ of mandamus; nor does it object to the first of the two other conclusions, ordering the postponement of the hearing on summonses already served on the Club. Relying on art. 758 of the *Code of Civil Procedure*, however, the City asks that the judgment *a quo* be amended by striking out the reference to further informations and summonses.

tées et entraînerait une étude du sens et de la portée de l'art. 758 *C.p.*, étude qui n'apparait pas opportune ici. Au fond, les parties désirent ne pas être obligées de s'affronter en Cour municipale avant que le bien-fondé des prétentions de l'intimée n'ait été définitivement déterminé sur le *mandamus*. Il s'agit donc d'arriver à ce résultat tout en protégeant l'appelante contre les effets de la prescription.

APPEL d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine, province de Québec, confirmant un jugement de la Cour supérieure. Jugement dont appel modifié pour ordonner de surseoir à l'audition de toute nouvelle sommation signifiée à l'intimée à la demande de l'appelante pour les mêmes fins.

*R. Bilodeau,* pour l'appelante.

*J. P. Ste-Marie, c.r.,* pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANPRÉ—L'appelante nous demande de modifier le jugement de la Cour d'appel confirmant celui de la Cour supérieure. Celle-ci a accordé une requête pour émission d'un bref de *mandamus*.

Aux conclusions en *mandamus*, l'intimé a greffé deux accessoires:

(1) surseoir à l'audition de toute sommation déjà signifiée au Club et

(2) surseoir au dépôt de toute plainte supplémentaire contre le Club, ainsi qu'à l'émission de toute nouvelle sommation.

Devant cette Cour, la Ville ne se plaint pas de cette partie du jugement qui accorde l'émission d'un bref de *mandamus*. Elle ne se plaint pas non plus de la première des deux autres conclusions, ordonnant de surseoir à l'audition des sommations déjà signifiées au Club. La Ville, toutefois, s'appuyant sur l'art. 758 du *Code de procédure civile*, nous demande de modifier le jugement dont appel et d'en radier la référence aux plaintes et sommations supplémentaires.

The difficulties between the parties go back several years, as may be clearly seen from a summary of the facts alleged in the petition.

(1) the Club has been opened for many years, and until April 30, 1963 the City had granted it the licence required by the municipal by-laws;

(2) in 1963 the City refused to renew the licence, and this gave rise to proceedings in mandamus which, through the fault of both parties, are still pending;

(3) since 1963, despite the lack of a licence, the Club has paid the City all the applicable taxes, surcharges and other assessments;

(4) from 1963 to 1970, despite the lack of a licence, the City did not prevent the Club from operating;

(5) however, between May 21 and September 21, 1970 about 137 summonses were served on the Club at the City's request, for "operating" a business without holding the licence required by the by-laws.

Hence the proceedings now before this Court, proceedings which are still at the preliminary stage, namely the issuance of a writ of mandamus.

In the Superior Court the City failed to appear, and as noted above the judgment not only authorized that the writ be issued and served, but also made the following orders:

[TRANSLATION] ORDERS respondent to refrain from laying any further information against petitioner for alleged violations of by-law No. 2820 of the Municipal By-laws of respondent;

ORDERS the mise-en-cause, until final judgment shall be rendered in this matter, to postpone the hearing of any summons already served on petitioner by respondent, and the issuance of any new summons for the same purposes.

This judgment was unanimously upheld by the Court of Appeal. The three paragraphs which are relevant in the reasons of the Chief Justice may conveniently be cited here:

Les difficultés entre les parties remontent à plusieurs années et le résumé des faits allégués dans la requête le démontre à l'évidence:

1) Le Club est ouvert depuis de nombreuses années et jusqu'au 30 avril 1963 avait obtenu de la Ville le permis requis par les règlements municipaux;

2) en 1963, le renouvellement de ce permis fut refusé par la Ville, ce qui donna naissance à des procédures en *mandamus* qui, par la faute des deux parties, sont encore pendantes;

3) depuis 1963, nonobstant l'absence du permis, le Club a payé à la Ville toutes les taxes, surtaxes et autres impositions fiscales pertinentes;

4) de 1963 à 1970, nonobstant l'absence de permis, l'exploitation du Club ne fut pas gênée par la Ville;

5) toutefois, entre le 21 mai et le 21 septembre 1970, environ 137 sommations furent signifiées au Club à la demande de la Ville, pour avoir «opéré» un commerce sans détenir le permis requis par les règlements.

D'où les procédures qui nous sont maintenant soumises, procédures qui en sont toujours au stade préliminaire, savoir l'émission du bref de *mandamus*.

En Cour supérieure, la Ville fit défaut de comparaître et le jugement, tel que ci-haut mentionné, non seulement autorisa l'émission et la signification du bref, mais prononça les ordonnances suivantes:

ORDONNE à l'intimée de surseoir au dépôt de toute plainte supplémentaire contre la requérante, pour présumées infractions au règlement n° 2820 des règlements municipaux de l'intimée;

ORDONNE à la mise-en-cause de surseoir, jusqu'à ce que jugement final soit rendu sur la présente instance, à l'audition de toute sommation déjà signifiée à la requérante par l'intimée, ainsi qu'à l'émission de toute nouvelle sommation pour les mêmes fins;

Ce jugement fut confirmé à l'unanimité par la Cour d'appel. Il convient de citer ici les trois paragraphes pertinents des notes de M. le Juge en chef:

[TRANSLATION] The City raised no objection in this Court to issuance of the writ. Its only objection was to the postponement order. Its only argument was that this order constituted an injunction to restrain legal proceedings contrary to art. 758 C.C.P.

First, this is not an injunction but a mandamus. It is established that, when a motion for evocation is made under art. 846 C.C.P., the Superior Court may order that proceedings in a lower court be suspended. I do not see why it cannot do so on a mandamus.

Moreover, in the case at bar I feel it was right in doing so. If the City had acted promptly on the mandamus proceedings which were instituted in 1963, the matter would have been decided long ago. It can still do so. In my view it would be unfair to subject Esquire in the meantime to a multiplicity of proceedings in the Municipal Court.

I have great hesitation in applying to this petition for mandamus the rules governing motions for evocation. I feel these are two different domains, particularly as it is difficult to apply such a comparison to proceedings not yet instituted, a matter which constitutes the only issue before us. The comparison would also lead us into an analysis of the meaning and scope of art. 758 *C.C.P.*, and such an analysis does not seem to be called for in the circumstances.

Basically what the parties on both sides are anxious to avoid is being obliged to oppose each other in the Municipal Court before the merits of claims put forward by the Club have been finally determined in mandamus proceedings. In order to arrive at this result, while at the same time protecting the City against the effects of prescription, it is only necessary to vary the judgment *a quo* by ordering the mise-en-cause not to proceed, until final judgment is rendered herein, not only with the hearing of any summons already served on the Club for alleged violations of by-law 2820 of the City By-laws, but also with the hearing of any further summons that may be served on the Club at the instance of the City for the same purposes.

Devant nous, la Ville ne s'oppose pas à l'émission du bref. Elle ne conteste que l'ordonnance de sursis. Son seul argument, c'est que cette ordonnance constitue une injonction pour empêcher des procédures judiciaires contrairement à l'article 758 C.P.

D'abord, ce n'est pas une injonction, mais un mandamus. Il est reconnu que la Cour supérieure peut, à l'occasion d'une demande d'évocation suivant l'article 846 C.P., ordonner la suspension des procédures devant un tribunal inférieur. Je ne vois pas pourquoi elle ne pourrait pas le faire à l'occasion d'un mandamus.

De plus, dans le cas présent, je crois qu'elle eut raison de le faire. Si la Ville avait fait diligence pour presser les procédures en mandamus intentées en 1963, la question serait décidée depuis longtemps. Elle peut encore le faire. Il me paraîtrait injuste de soumettre entre-temps Esquire à d'innombrables poursuites devant la Cour municipale.

J'ai beaucoup d'hésitation à appliquer à cette demande de *mandamus* les règles régissant les demandes d'évocation. Je crois que ce sont là deux domaines différents, d'autant plus que cette comparaison peut difficilement s'appliquer à des procédures qui ne sont pas encore intentées, ce qui est le seul problème qui nous est soumis. Cette comparaison nous entraînerait aussi dans une étude du sens et de la portée de l'art. 758 *C.p.*, étude qui ne m'apparaît pas opportune en l'espèce.

Au fond, ce que les parties de part et d'autre sont désireuses d'accomplir est de ne pas être obligées de s'affronter en Cour municipale avant que le bien-fondé des prétentions du Club n'ait été déterminé de façon définitive sur le *mandamus*. Pour en arriver à ce résultat, tout en protégeant la Ville contre les effets de la prescription, il suffit de modifier le jugement dont appel pour ordonner à la mise-en-cause de surseoir, jusqu'à ce que le jugement final soit rendu sur la présente instance, non seulement à l'audition de toute sommation déjà signifiée au Club pour présumées infractions au règlement n° 2820 des règlements municipaux de la Ville, mais aussi à l'audition de toute nouvelle sommation signifiée au Club à la demande de la Ville pour les mêmes fins.

In view of the circumstances no award will be made as to costs in this Court.

*Judgment accordingly. No award as to costs.*

*Solicitors for the appellant: Côté, Péloquin, Normandin & Bouchard, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Ste-Marie & Giroux, Montreal.*

Vu les circonstances, il n'y aura pas d'adjudication quant aux frais devant cette Cour.

*Jugement en conséquence. Pas d'adjudication quant aux frais.*

*Procureurs de l'appelante: Côté, Péloquin, Normandin & Bouchard, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Ste-Marie & Giroux, Montréal.*

**Frances Porteous** (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

**Ida Dorn** *et al.* (*Defendants*) *Respondents.*

1974: March 6, 7; 1974: April 29.

Present: Judson, Spence, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Evidence—Intestacy—Whether appellant lawful daughter of deceased—Statement of claim and settlement agreement concerning claim by appellant's mother against deceased for wages as housekeeper—Admissibility of statement of claim and agreement.*

The deceased R died intestate in 1967. The appellant, P, who was born in 1927, claimed to be R's lawful daughter and the beneficiary of his entire estate. The case for P was that her mother (G) and R were married on September 20, 1925, at East Grand Forks, Minnesota. However there was no evidence of cohabitation prior to 1928 and the respondents, kin of R, refused to acknowledge such marriage. A statement of claim had been filed in April 1946 in which G sued R, claiming she had been hired by him as housekeeper during the preceeding 18 years at a monthly wage of $40 which he had failed and neglected to pay. In June of the same year an agreement was executed in which R agreed to pay G the sum of $3,000 in settlement of her claim. The trial judge, who found in favour of P, admitted the statement of claim and agreement in evidence but held, on the principle they constituted a declaration respecting pedigree or family history not made *ante litem motam*, they could be used only for the limited purpose of establishing the fact of the proceedings being taken. The Court of Appeal concluded that the judge erred in holding the statement of claim and agreement were inadmissible except for the limited purpose and reversed the judgment.

*Held:* The appeal should be dismissed.

There was no evidence of celebration of a marriage after the birth of P as would allow her to call in aid *The Legitimation Act* of Saskatchewan, and at common law a presumptive marriage could not have retroactive effect to legitimize a birth antedating cohabitation of the parents. Considering the evidence

**Frances Porteous** (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

**Ida Dorn** *et al.* (*Défendeurs*) *Intimés.*

1974: les 6 et 7 mars; 1974: le 29 avril.

Présents: Les Juges Judson, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Preuve—Succession ab intestat—L'appelante était-elle la fille légitime du défunt?—Exposé de demande et transaction concernant une action contre le défunt de part de la mère de l'appelante pour gages en tant que femme de ménage—Recevabilité de l'exposé de demande et de la transaction.*

Feu R est décédé ab intestat en 1967. L'appelante, P, qui est née en 1927, prétend être la fille légitime de R et la bénéficiaire de la totalité de la succession de celui-ci. Selon P, sa mère (G) et R se sont mariés le 20 septembre 1925 à Est Grand Forks, dans le Minnesota. Cependant, il n'y a pas de preuve qu'ils aient cohabités avant 1928 et les intimés, membres de la famille de R, refusent de reconnaître ce mariage. En avril 1946, il a été déposé un exposé de demande dans lequel G poursuit R, prétendant avoir été engagée par lui comme femme de ménage durant les dernières 18 années au salaire mensuel de $40 qu'il avait négligé de lui verser. En juin de la même année, une transaction a été signée dans laquelle R a accepté de verser à G une somme de $3,000 en règlement de sa demande en justice. Le juge de première instance, qui a tranché en faveur de P, a admis en preuve l'exposé de demande et la transaction mais a décidé, sur le principe qu'ils constituaient une déclaration en matière d'ascendance (*pedigree*) ou d'antécédents familiaux (*family history*) qui n'avait pas été faite *ante litem motam*, qu'ils pouvaient seulement prouver qu'une poursuite avait été intentée. Selon la Cour d'appel, le juge a commis une erreur en décidant que l'exposé de demande et la transaction n'étaient recevables qu'à cette seule fin, et elle a infirmé son jugement.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être rejeté.

Il n'existe en l'espèce aucune preuve de la célébration d'un mariage postérieur à la naissance de P qui permettrait à celle-ci d'invoquer le *Legitimation Act* de la Saskatchewan, et en *common law*, un mariage présomptif ne peut avoir un effet rétroactif et légitimer une naissance antérieure à la cohabitation des

as a whole, it was apparent that the evidence against P's contentions was substantial and indeed overwhelming when the statement of claim and the settlement agreement were considered.

The statement of claim was admissible to prove that in 1946 an issue was raised by G whereby she claimed 18 years' wages as a housekeeper for R.

The law recognized, as one of the numerous exceptions to the hearsay rule, the hearsay of deceased relatives in proof of matters of pedigree. The statement of claim and agreement were hearsay respecting pedigree or family history and the declarations were *ante litem motam*. In 1946 there was no *"lis mota"* affecting the pedigree of P or relating to the marital status of her mother. There was nothing to incline G to falsehood in casting herself in the role of housekeeper and employee, and every reason for R to plead marriage in defence of the claim if the facts had supported such a plea. No such defence was raised.

*Lyell v. Kennedy* (1889), 14 App. Cas. 437; *Berkeley Peerage Case*, [1811] 4 Camp. 401; *Pejepscot Paper Co. v. Farren*, [1933] S.C.R. 388, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan[1], allowing an appeal from a judgment of Johnson J. Appeal dismissed.

*W. G. Burke-Robertson, Q.C.*, for the plaintiff, appellant.

*K. R. MacLeod, Q.C.*, and *B. J. Scherman*, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—This litigation arises out of an originating notice of motion issued at the instance of Retailers' Trust Company, administrator of the estate of the late Frank Rosenmeyer, in his lifetime of Yorkton, in the Province of

[1] [1973] 4 W.W.R. 709, 37 D.L.R. (3d) 120, 12 R.F.L. 109.

parents. Si l'on examine la preuve dans son ensemble, il est clair que la preuve contraire aux prétentions de P est substantielle, voire écrasante si l'on prend en considération l'exposé de demande et la transaction judiciaire.

L'exposé de demande est revecable pour prouver qu'en 1946, G a fait un procès dans lequel elle a réclamé 18 ans de gages en qualité de femme de ménage de R.

Le droit accepte en matière d'ascendance, comme l'une des exceptions assez nombreuses à la règle du ouï-dire, le ouï-dire dérivé de parents défunts. L'exposé de demande et la transaction constituent une preuve par ouï-dire en matière d'ascendance ou d'antécédents familiaux et les déclarations sont *ante litem motam*. En 1946, il n'y avait aucune «*lis mota*» touchant l'ascendance de P ou le statut matrimonial de sa mère. Rien ne poussait G à mentir en se donnant un rôle de ménagère et d'employée, et R avait tous les motifs de plaider le mariage en défense si les faits lui avaient permis de soutenir un tel moyen. Aucune défense de ce genre ne fut présentée.

Arrêts appliqués: *Lyell v. Kennedy* (1889), 14 App. Cas. 437; *Berkeley Peerage Case*, [1811] 4 Camp. 401; *Pejepscot Paper Co. c. Farren*, [1933] R.C.S. 388.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan[1] accueillant un appel interjeté à l'encontre d'un jugement du Juge Johnson. Pourvoi rejeté.

*W. G. Burke-Robertson, c.r.*, pour la demanderesse, appelante.

*K. R. MacLeod, c.r.*, et *B. J. Scherman*, pour les défendeurs, intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Le litige découle d'un avis introductif d'instance, émis à la demande de Retailer's Trust Company, administrateur de la succession de feu Frank Rosenmeyer, de son vivant de Yorkton (Saskatchewan), pour que

[1] [1973] W.W.R. 709, 37 D.L.R. (3d) 120, 12, R.F.L. 109.

Saskatchewan, for a declaration as to the beneficiaries of the estate. An issue was directed to determine whether or not the claimant Frances Porteous was the lawful daughter of the late Mr. Rosenmeyer for, if so, she succeeds to the entire estate. The trial judge, Johnson J., found in favour of Mrs. Porteous. The Court of Appeal for Saskatchewan held against her and an appeal has now been taken by Mrs. Porteous to this Court.

The question is whether at the date of birth of Mrs. Porteous on February 24, 1927, Mr. Rosenmeyer and Mrs. Porteous' mother (born Mary Shauer, also known as Mary Showers or Mary Sharey) were lawfully married. The case for Mrs. Porteous is that her mother and Mr. Rosenmeyer were married on September 20, 1925, at East Grand Forks, in the State of Minnesota, U.S.A. The respondents, kin of Mr. Rosenmeyer, refuse to acknowledge such marriage and say further that in any event Mrs. Porteous' mother did not have capacity to marry Mr. Rosenmeyer as there was no evidence from which a court could properly conclude that her previous husband, Yustave Gulka, was dead at the time of the alleged second ceremony. It appears tolerably clear from the evidence that Gulka and Mary Shauer were married at Yorkton, on November 18, 1916, and four children were born of the union, Adele (born December 14, 1917), Roger and Olga, who were twins, and Michael. On some indeterminate date in the early or mid-nineteen twenties Gulka deserted his wife and children, and since then has not been heard of. Following the desertion, Mrs. Gulka gave birth on February 24, 1927, to another child Frances, now Mrs. Porteous and a year or so later, with her daughters Adele and Frances, she took up residence with Frank Rosenmeyer at his farm near Yorkton. There she lived, with one or two interruptions, until her death at the age of 52, on July 23, 1953. Mr. Rosenmeyer died intestate, at the age of 91, on December 15, 1967.

soit déclaré qui sont les bénéficiaires de la succession. Une ordonnance de la Cour prescrivit l'examen de la question de savoir si la requérante, Frances Porteous, est la fille légitime de feu M. Rosenmeyer, car, dans l'affirmative, elle hérite de la totalité de la succession. Le juge du fond, le Juge Johnson, s'est prononcé en faveur de M^me^ Porteous. La Cour d'appel de la Saskatchewan s'est prononcée contre M^me^ Porteous, qui a alors interjeté un pourvoi devant cette Cour.

La question est de savoir si, le 24 février 1927, date de naissance de M^me^ Porteous, M. Rosenmeyer et la mère de M^me^ Porteous (née Mary Shauer, connue également sous les noms de Mary Showers ou de Mary Sharey) étaient légalement mariés. Selon M^me^ Porteous, sa mère et M. Rosenmeyer se sont mariés le 20 septembre 1925 à East Grand Forks, dans l'État du Minnesota aux États-Unis d'Amérique. Les intimés, membres de la famille de M. Rosenmeyer, refusent de reconnaître ce mariage et déclarent en outre qu'en tout état de cause, la mère de M^me^ Porteous n'avait pas la capacité d'épouser M. Rosenmeyer vu l'absence de preuve permettant à une cour de conclure à bon droit que son époux précédent, M. Yustave Gulka, était décédé à l'époque de ce prétendu second mariage. Il semble à peu près évident selon la preuve que Gulka et Mary Shauer se sont mariés à Yorkton le 18 novembre 1916 et que quatre enfants sont nés de leur union, Adèle (née le 14 décembre 1917), des jumeaux, Roger et Olga, et Michael. A une date indéterminée, vers le début ou le milieu des années vingt, Gulka a abandonné femme et enfants et n'a donné depuis aucun signe de vie. Postérieurement à cet abandon, M^me^ Gulka a donné naissance le 24 février 1927 à un autre enfant, Frances, désormais M^me^ Porteous, et environ une année plus tard, elle a, avec ses filles Adèle et Frances, établi sa résidence à la ferme de Frank Rosenmeyer, près de Yorkton. Elle a habité à cet endroit, sauf à un ou deux moments, jusqu'à son décès à l'âge de cinquante-deux ans le 23 juillet 1953. M. Rosenmeyer est mort ab intestat à quatre-vingt-onze ans le 15 décembre 1967.

The documents upon which Mrs. Porteous relies in support of her claim of marriage between her mother and Mr. Rosenmeyer are (i) a delayed registration of birth. On July 4, 1950, Mr. Rosenmeyer registered the birth on February 24, 1927, of Mrs. Porteous under the name "Frances Rosenmeyer". Her mother's was given as "Mary Showers" and the place and date of marriage of the parents were stated to be East Grand Forks, Minnesota, U.S.A., September 20, 1925; (ii) an extract from the Yorkton Enterprise of Thursday, December 22, 1949, in which Mr. and Mrs. F. Rosenmeyer announced the engagement of their daughter, Frances, to Mr. William Lee Porteous; (iii) a Saskatchewan Hospital Services Plan slip recording the stay of "Mrs. M. Rosenmeyer" in Yorkton General Hospital from November 16 to December 4, 1950. These documents and the lengthy cohabitation of Frank Rosenmeyer and Mary Gulka, it is contended, give rise to a presumption of marriage. It would seem to me there were at least two means by which Mrs. Porteous might have proven the marriage of her mother to Mr. Rosenmeyer. These days it is normally convenient to prove births, deaths and marriages by production of a certificate. Mrs. Porteous might simply have produced the certificate which the person solemnizing the marriage ordinarily gives to those being married; alternatively she might have produced an authenticated extract from the marriage records of the State of Minnesota. Failure to produce evidence from the register of marriages in respect of a marriage of known date and place may not be fatal to Mrs. Porteous' case (*Re Taplin, Watson v. Tate*[2]; *Taylor v. Taylor et al.*[3]), but in the absence of a certificate or satisfactory explanation for non-production the reference to a marriage contained in a delayed certificate of birth can carry little or no weight. An alternative manner of making out her case would have been to adduce facts supportive of a presumptive marriage at the critical time, *i.e.*, prior to her birth. If persons live together as man and wife for such length of time and in

[2] [1937] 3 All E.R. 105.
[3] [1961] 1 All E.R. 55.

Les documents sur lesquels M^me^ Porteous s'appuie pour soutenir l'existence d'un mariage entre sa mère et M. Rosenmeyer sont les suivants: (i) Un acte de naissance constatant une naissance enregistrée tardivement. Le 4 juillet 1950, M. Rosenmeyer déclare la naissance, le 24 février 1927, de M^me^ Porteous, sous le nom de «Frances Rosenmeyer». Le nom de la mère est indiqué comme étant «Mary Showers», et les lieu et date du mariage des parents East Grand Forks, Minnesota, États-Unis, 20 septembre 1925; (ii) Une coupure du *Yorkton Enterprise* du jeudi 22 décembre 1949 dans laquelle M. et M^me^ F. Rosenmeyer annoncent les fiançailles de leur fille Frances avec M. William Lee Porteous; (iii) Un bordereau du Saskatchewan Hospital Services Plan mentionnant le séjour de «M^me^ M. Rosenmeyer» au General Hospital de Yorkton du 16 novembre au 4 décembre 1950. Ces documents ainsi que la longue cohabitation de Frank Rosenmeyer avec Mary Gulka, soutient-on, font naître une présomption de mariage. Il me semble qu'il existe au moins deux moyens qui auraient pu permettre à M^me^ Porteous de prouver le mariage de sa mère avec M. Rosenmeyer. De nos jours, il est normalement facile de prouver une naissance, un décès ou un mariage en produisant un certificat. M^me^ Porteous aurait pu simplement produire le certificat que le célébrant d'un mariage remet généralement aux mariés: elle aurait pu produire à la place un extrait certifié conforme du registre des mariages de l'État du Minnesota. Le défaut de produire une preuve émanant du registre des mariages à propos d'un mariage de date et lieu connus n'est pas nécessairement fatal pour M^me^ Porteous (*Re Taplin, Watson v. Tate;*[2] *Taylor v. Taylor et al.*[3]), toutefois, en l'absence de certificat, ou d'une explication satisfaisante de la non-production de celui-ci, le renvoi à un mariage figurant dans un acte de naissance constatant une naissance enregistrée tardivement a peu ou pas de valeur. Une autre façon de présenter sa cause aurait été d'avancer des faits qui étayent une présomption qu'il y a eu mariage à l'époque critique, c'est-à-dire avant

[2] [1937] 3 All E. R. 105.
[3] [1961] 1 All E.R. 55.

such circumstances as to have acquired local repute as married a presumption that they are legally married may arise, which can only be displaced by cogent evidence to the contrary. There was some evidence that Mrs. Porteous' mother and Mr. Rosenmeyer enjoyed the reputation in the community of being married persons but the formidable difficulty facing Mrs. Porteous is that there is no evidence of cohabitation prior to 1928 and therefore no evidence from which it could properly be inferred that a marriage was celebrated prior to her birth in February 1927. This is analogous to the situation which arose in *Re Haynes; Haynes v. Carter*[4]. A and B lived together with two children from about 1878 to 1893 and were generally reputed to be husband and wife. The elder child, a daughter, was born in 1873 and the younger child, a son, in 1879. It was held that A and B had been husband and wife but that the son was their only legitimate child.

By statute, legitimation by subsequent marriage of the parents of a child not born in wedlock has been possible in Saskatchewan since 1920, *The Legitimation Act,* 1919-20 (Sask.), c. 83, providing that where the parents of any child born out of lawful wedlock intermarry after the birth of the child, the child shall for all purposes be deemed to be legitimate from the time of birth. There is here no evidence of celebration of a marriage after the birth of Mrs. Porteous as would allow her to call in aid *The Legitimation Act* and in my view at common law a presumptive marriage cannot have retroactive effect to legitimize a birth antedating cohabitation of the parents.

If one then considers the evidence taken as a whole, it is apparent that the evidence adverse to Mrs. Porteous' contentions is substantial, indeed overwhelming if the statement of claim and the settlement agreement to which I will

[4] (1906), 94 L.T. 431.

sa naissance. Si des personnes vivent ensemble comme mari et femme durant une période de temps et dans des circonstances telles que leurs concitoyens les considèrent mariés, la présomption qu'ils sont légalement mariés peut naître, présomption que seule une preuve convaincant à l'effet contraire peut renverser. Il existe certains éléments de preuve selon lesquels la mère de M^me^ Porteous et M. Rosenmeyer ont joui, au sein de leur collectivité, de la réputation de personnes mariées; toutefois la grande difficulté pour M^me^ Porteous réside dans l'inexistence d'une preuve de cohabitation antérieure à 1928 et donc d'une preuve dont on pourrait à bon droit déduire la célébration d'un mariage antérieure à sa naissance en février 1927. Cette situation est analogue à celle de l'affaire *Re Haynes; Haynes v. Carter.*[4] A et B avaient vécu ensemble avec deux enfants entre 1878 environ et 1893 et avaient en général été considérés comme mari et femme. L'ainée de leurs enfants, une fille, était née en 1873 et le benjamin, un fils, en 1879. On a décidé que A et B étaient mari et femme, mais que le fils était leur seul enfant légitime.

Légalement, la légitimation d'un enfant né hors mariage par le mariage subséquent des parents est possible en Saskatchewan depuis 1920; le *The Legitimation Act, 1919-20 (Sask.),* c. 83, prévoit que, lorsque les parents d'un enfant né hors mariage se marient après sa naissance, cet enfant est à toutes fins réputé légitime depuis la date de sa naissance. Il n'existe en l'espèce aucune preuve de la célébration d'un mariage postérieur à la naissance de M^me^ Porteous qui lui permettrait d'invoquer le *The Legitimation Act* et, à mon avis, un mariage présomptif ne peut en common law avoir un effet rétroactif et légitimer une naissance antérieure à la cohabitation des parents.

Si l'on examine alors la preuve dans son ensemble, la preuve contraire aux prétentions de M^me^ Porteous est substantielle, voire écrasante si l'on prend en considération les demande et transaction judiciaires dont je parlerai plus

[4] (1906), 94 L.T. 431.

advert are considered. The following documents militate against the conclusion that Frank Rosenmeyer married Mary Gulka: (i) a transfer of land dated February 6, 1929, in which Mr. Rosenmeyer swore, in the affidavit under *The Homestead Act*, he had no wife; (ii) a draft income tax return completed by Mr. Rosenmeyer in 1939 in which he gave his marital status as "single" and claimed as dependents "Mary Sherry, Housekeeper; Della Sherry age 20, and Frances Sherry age 13"; (iii) registration in December 1944 of the birth of "Adele Gulka" by her mother, in which the informant signed "Mary Gulka"; (iv) a transfer of land dated September 29, 1947, in which Mr. Rosenmeyer swore he had no wife; (v) registration of the death in July 1953 of "Mary Gulka", but the probative value of this document is much diminished by alterations made at some time by some unidentified person to substitute the name of Mary Gulka for that of Mary Rosenmeyer.

A statement of claim and settlement agreement formed the cornerstone of the rejection of Mrs. Porteous' appeal by the Court of Appeal of Saskatchewan. On April 25, 1946, a statement of claim was filed in the Judicial District of Yorkton in which Mary Gulka sued Frank Rosenmeyer, claiming she had been hired by him as housekeeper during the preceding 18 years at a monthly wage of $40, which he had failed and neglected to pay. In June of the same year an agreement was executed in which Mr. Rosenmeyer agreed to pay Mrs. Gulka the sum of $3,000 in settlement of her claim. Paragraph 3 of that agreement provided that should Mary Gulka be employed by Frank Rosenmeyer at any time thereafter then the employment would be on the terms and conditions to which the parties agreed at the time of hiring. The solicitor who issued the statement of claim and prepared the settlement agreement testified at the trial of the issue. He was the attesting witness to the agreement and swore in the affidavit of execution that he saw Mary Gulka, sometimes known as Mary Sharey, and Frank Rosenmeyer, who

loin. Les documents suivants combattent la conclusion selon laquelle Frank Rosenmeyer a épousé Mary Gulka: (i) Une cession de fonds de terre en date du 6 février 1929 dans laquelle M. Rosenmayer a juré, dans la déclaration sous serment prévue par le *Homestead Act*, n'être pas marié; (ii) un brouillon de déclaration d'impôt sur le revenu rempli en 1939 par M. Rosenmeyer, qui déclare être «célibataire» et prétend avoir à sa charge «Mary Sherry, femme de ménage, Della Sherry, âgée de 20 ans, et Frances Sherry, âgée de 13 ans»; (iii) l'enregistrement en décembre 1944 de la naissance d'«Adèle Gulka», sur déclaration faite par sa mère, déclaration qu'elle a signée «Mary Gulka»; (iv) une cession de fonds de terre en date du 29 septembre 1947 dans laquelle M. Rosenmeyer a juré n'être pas marié; (v) l'enregistrement du décès en juillet 1953 de «Mary Gulka», bien que la valeur probante de ce document soit très affaiblie par les modifications que des inconnus ont faites à un certain moment en vue de remplacer le nom de Mary Gulka par celui de Mary Rosenmeyer.

Un exposé de demande (déclaration) et une transaction ont constitué la pierre angulaire du rejet de l'appel de M^me^ Porteous par la Cour d'appel de la Saskatchewan. Le 25 avril 1946, il a été déposé au district judiciaire de Yorkton une demande dans laquelle Mary Gulka poursuivait Frank Rosenmeyer; elle prétendait avoir travaillé chez lui comme femme de ménage pendant 18 ans au salaire mensuel de $40 qu'il avait négligé de lui verser. En juin de la même année, M. Rosenmeyer a accepté, par transaction, de verser à M^me^ Gulka une somme de $3,000 en règlement de sa demande en justice. Selon le paragraphe 3 de cette transaction, si Frank Rosenmeyer employait Mary Gulka à tout moment par la suite, il le ferait selon les modalités acceptées par les parties lors de l'engagement. L'avocat qui a émis l'exposé de demande et rédigé la transaction a déposé lors de l'instruction de la question formulée en l'instance présente. Il avait été témoin de la transaction et, dans la déclaration sous serment attestant la signature du document, il jure avoir vu Mary Gulka, parfois appelée Mary Sharey, et Frank

were known to him, execute the agreement. The trial judge admitted the statement of claim and agreement in evidence but held, on the principle they constituted a declaration respecting pedigree or family history not made *ante litem motam*, they could be used only for the limited purpose of establishing the fact of the proceedings being taken. The Court of Appeal concluded the judge erred in holding the statement of claim and agreement were inadmissible except for the limited purpose. First, the statement of claim. Pleadings are admissible, generally speaking, in subsequent proceedings, to prove the institution of the suit and the facts in issue between the parties but not the truth of the facts stated. *Phipson on Evidence*, 11th ed., art. 1422. In *Lyell v. Kennedy*[5], a case in which pedigree was an issue, a notarial protest and the record of proceedings in an action on a bill of exchange, the action not involving any question of pedigree, were held admissible. In my opinion in the case at bar the statement of claim was admissible to prove that in 1946 an issue was raised by Mary Gulka whereby she claimed 18 years' wages as a housekeeper for Mr. Rosenmeyer. It is not easy to reconcile that claim with the claim in the present proceedings that during those years Mary Gulka was the wife of Mr. Rosenmeyer. Second, the settlement agreement. As Lord Mansfield said in the *Berkeley Peerage Case*[6], at p. 415: "In matters of pedigree, it being impossible to prove by living witnesses the relationships of past generations, the declarations of deceased members of the family are admitted". The law recognizes, as one of the rather numerous exceptions to the hearsay rule, the hearsay of deceased relatives in proof of matters of pedigree. Family history can ordinarily best be obtained from the spoken or written words of those alive at an earlier time and strict enforcement of the hearsay rule might well preclude the admission of the best or only evidence on the point. Hence the exception, expressed in this Court by Rinfret J., as he then was, in these

[5] (1889), 14 App. Cas. 437 (H.L.).
[6] (1811), 4 Camp. 401.

Rosenmeyer, qu'il connaissait, signer la transaction. Le juge du fond a admis en preuve l'exposé de demande et la transaction, mais a décidé, sur le principe qu'elles constituaient une déclaration en matière d'ascendance (*pedigree*) ou d'antécédents familiaux (*family history*) qui n'avait pas été faite *ante litem motam*, qu'elles pouvaient seulement prouver qu'une poursuite avait été intentée. Selon la Cour d'appel, le juge a commis une erreur en décidant que l'exposé de demande et la transaction n'étaient recevables qu'à cette seule fin. Voyons en premier lieu, l'exposé de demande. Les plaidoiries écrites sont en général recevables lors de procédures subséquentes lorsqu'on veut prouver le fait qu'une poursuite fut intentée et que des faits particuliers étaient en litige, mais non pour prouver la véracité de l'exposé des faits. *Phipson on Evidence*, 11e éd., art. 1422. L'arrêt *Lyell v. Kennedy*[5], espèce où une question d'ascendance s'est posée, a déclaré recevable un protêt notarié ainsi que le procès-verbal d'instance dressé dans une action sur lettre de change qui ne faisait intervenir aucune question d'ascendance. A mon avis, en l'espèce présente, l'exposé de demande est recevable pour prouver qu'en 1946, Mary Gulka a fait un procès dans lequel elle réclamait, en qualité de femme de ménage, dix-huit ans de gages à M. Rosenmeyer. Cette réclamation est difficilement conciliable avec la prétention soutenue lors de la poursuite actuelle selon laquelle Mary Gulka a été au cours de ces années l'épouse de M. Rosenmeyer. Examinons en second lieu, la transaction. Comme l'a déclaré Lord Mansfield dans l'arrêt *Berkeley Peerage*[6], à la p. 415: [TRADUCTION] «Dans les questions d'ascendance, puisqu'il est impossible que des témoins vivants prouvent les liens de parenté de générations antérieures, les déclarations de membres défunts de la famille sont recevables.» Le droit accepte en matière d'ascendance, comme l'une des exceptions assez nombreuses à la règle du oui-dire, le ouï-dire dérivé de parents défunts.

[5] (1889), 14 App. Cas. 437 (C.L.)
[6] (1811), 4 Camp. 401.

words in *Pejepscot Paper Co. v. Farren*[7], at p. 390:

> Declarations as to pedigree made by deceased persons are receivable to establish the particular issue, provided they were made *ante litem motam* (i.e., "before the commencement of any controversy, actual or legal, upon the same point") and provided the deceased are proved *aliunde* to be members of the family by extrinsic evidence.

and at p. 392:

> The phrase *ante litem motam* might be capable of misconstruction. It contemplates a time anterior to the commencement of any actual controversy upon the point at issue.

The trial judge in the present case ruled, in effect, that the statement of claim and settlement agreement concerned matters of pedigree but were inadmissible as arising out of controversy and therefore not *ante litem motam*. The Court of Appeal held that neither the statement of claim nor the agreement could be construed as a declaration as to pedigree or marital status. With great respect, I am of the opinion both Courts were in error. It is not easy to define what is meant by a matter of pedigree. In 15 Halsbury, 3rd ed., vol. 15, p. 310, it is said that to constitute a "matter of pedigree" there must be a genealogical question in issue in the proceedings. The issue in the present case is such a question. It is also said the declarations must relate either directly thereto or at all events to some incident of family history required for the proof of such issue. The statement of claim and agreement do not relate directly to the lineage of Mrs. Porteous, they relate to a claim for wages, but they were not tendered in relation to a wage claim. They were tendered in proof of

[7] [1933] S.C.R. 388.

Généralement, les déclarations orales ou écrites de personnes qui ont vécu à une époque antérieure sont la meilleure source des antécédents familiaux et l'application rigoureuse de la règle du ouï-dire pourrait fort bien écarter ce qui peut être dans un cas particulier la meilleure ou la seule preuve sur la question. D'où l'exception formulée en cette Cour par le Juge Rinfret, plus tard Juge en chef, dans l'arrêt *Pejepscot Paper Co. c. Farren*[7], à la p. 390:

> [TRADUCTION] Une déclaration faite par un défunt en matière d'ascendance est recevable en preuve quant à la question particulière, pourvu qu'elle ait été faite *ante litem motam* (c'est-à-dire «avant le début de toute contestation de fait ou de tout débat judiciaire sur la même question») et pourvu que par une preuve extrinsèque il soit prouvé *aliunde* que ce défunt faisait partie de la famille.

et à la p. 392:

> L'expression *ante litem motam* est susceptible d'être mal interprétée. Elle vise une date antérieure à toute contestation de fait sur le point en litige.

Le juge du fond en l'espèce présente a décidé en définitive que l'exposé de demande et la transaction concernaient des questions d'ascendance, mais qu'elles n'étaient pas recevables parce que découlant d'une contestation et donc non *ante litem motam*. La Cour d'appel a décidé qu'il était impossible d'interpréter l'exposé de demande ou la transaction comme constituant une déclaration en matière d'ascendance ou d'état matrimonial. Malgré tout le respect que je leur dois, je suis d'avis que ces deux cours ont fait erreur. Il n'est pas facile de définir ce qu'on entend par une question d'ascendance. Selon 15 Halsbury, 3rd ed., vol. 15, p. 310, pour que se pose une «question d'ascendance» il faut qu'une question d'ordre généalogique soit soulevée. Le point en litige dans l'espèce présente constitue une question de cet ordre. Toujours d'après cet ouvrage, les déclarations doivent porter soit directement sur la question, soit, en tout cas, sur quelque événement des antécédents familiaux indispensable à la preuve généalogique. L'exposé de demande et la transaction ne portent

[7] [1933] R.C.S. 388.

the fact Mary Gulka was employee, and not wife, of Frank Rosenmeyer. They bear directly on the issue of the pedigree of Mrs. Porteous. The Court of Appeal found them to be virtually decisive on that issue. In my opinion they are hearsay respecting pedigree or family history. Now, as to the point taken in the trial Court that the declarations were not *ante litem motam*. The question here is whether in 1946, when the statement of claim and agreement appeared, there was "actual controversy upon the point at issue" in the present case. I think not. In 1946 there was no "*lis mota*" affecting the pedigree of Mrs. Porteous or relating to the marital status of her mother. There was nothing to incline Mrs. Gulka to falsehood in casting herself in the role of housekeeper and employee, and every reason for Mr. Rosenmeyer to plead marriage in defence of the claim if the facts had supported such a plea. No such defence was raised. I find nothing in the circumstances surrounding the agreement to cast doubt on the trustworthiness or efficacy of that document in negation of a married status and would, therefore, hold it to be a declaration as to pedigree and admissible as such without limitation. When the statement of claim and agreement are placed on the scale with the other evidence against the marriage, the weight is overpowering. I therefore arrive at the same conclusion as the Court of Appeal for Saskatchewan but by a somewhat different route. I do not find it necessary in the circumstances to deal with the submission that Mary Gulka lacked capacity to remarry.

I would dismiss the appeal with the costs of all parties payable out of the estate.

pas directement sur la filiation de M^me^ Porteous, mais sur une réclamation en matière de gages; toutefois, ces documents ne sont pas offerts relativement à une réclamation salariale. Ils sont offerts pour prouver le fait que Mary Gulka était l'employée et non l'épouse de Frank Rosenmeyer. Ils concernent directement la question de l'ascendance de M^me^ Porteous. La Cour d'appel a conclu qu'ils étaient pratiquement décisifs sur cette question-là. A mon avis, ils constituent une preuve par ouï-dire en matière d'ascendance ou d'antécédents familiaux. Examinons maintenant le point adopté en première instance, savoir que les déclarations n'étaient pas *ante litem motam*. La question en l'espèce est de savoir si, en 1946, année de la demande salariale et de la transaction, il existait une «contestation de fait sur le point en litige» en l'espèce présente. Je ne le pense pas. En 1946, il n'y avait aucune «*lis mota*» touchant l'ascendance de M^me^ Porteous ou le statut matrimonial de sa mère. Rien ne poussait M^me^ Gulka à mentir en se donnant un rôle de ménagère et d'employée et M. Rosenmeyer avait tous les motifs de plaider le mariage en défense si les faits lui avaient permis de soutenir un tel moyen. Aucune défense de ce genre ne fut présentée. Je ne vois rien dans les circonstances entourant la transaction qui permette de douter de la véracité ou de la valeur de ce document qui réfute le mariage et je suis d'avis, en conséquence, qu'il constitue une déclaration d'ascendance et est recevable comme tel sans réserve. Lorsqu'on évalue ensemble l'exposé de demande, la transaction et les autres éléments de preuve contraires au mariage, leur force est irrésistible. J'en arrive donc à la même conclusion que la Cour d'appel de la Saskatchewan, mais par une voie quelque peu différente. Je ne crois pas nécessaire dans les circonstances d'étudier la prétention selon laquelle Mary Gulka n'avait pas la capacité de se remarier.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi en adjugeant à toutes les parties leurs dépens, qui seront payables sur la masse successorale.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the plaintiff, appellant: Burke-Robertson, Chadwick & Ritchie, Ottawa.*

*Solicitors for the defendants, respondents: Balfour, MacLeod, Moss, Laschuk, Kyle, Vancise & Cameron, Regina.*

*Appel rejeté.*

*Procureurs de la demanderesse, appelante: Burke-Robertson, Chadwick & Ritchie, Ottawa.*

*Procureurs des défendeurs, intimés: Balfour, MacLeod, Moss, Laschuk, Kyle, Vancise & Cameron, Regina.*

**Attorney-General for British Columbia** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Parklane Private Hospital Ltd.** (*Plaintiff*) *Respondent*.

and

**The Corporation of the City of Vancouver** (*Defendant*).

---

**The Corporation of the City of Vancouver** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Parklane Private Hospital Ltd.** (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

**Attorney-General for British Columbia** (*Defendant*).

1973: October 31, November 1; 1974: May 27.

Present: Martland, Judson, Spence, Pigeon and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Contracts—Quantum meruit—Private hospital providing services for social assistance patients—Action brought for difference between amounts claimed by hospital and amounts actually paid by city—Whether hospital's entitlement barred by certain Orders in Council—Hospital Act, R.S.B.C. 1960, c. 178, s. 37(2)—Social Assistance Act, R.S.B.C. 1960, c. 360—Residence and Responsibility Act, R.S.B.C. 1960, c. 340, s. 3—Orders in Council 3103, 4399, 4400.*

The respondent, P, owned and operated a private hospital in Vancouver in which social assistance patients and others received hospital care. P brought an action against the City of Vancouver for the difference between the amounts claimed by P to be payable by the city and the amounts actually paid, for provision by P of hospital care for social assistance patients during the period March 1, 1968, to January 31, 1972. Prior to March 1, 1968, P, pursuant to an agreement with the city, provided care and accommo-

**Le Procureur général de la Colombie-Britannique** (*Défendeur*) *Appelant*;

et

**Parklane Private Hospital Ltd.** (*Demanderesse*) *Intimée;*

et

**The Corporation of the City of Vancouver** (*Défenderesse*).

---

**The Corporation of the City of Vancouver** (*Défenderesse*) *Appelante*;

et

**Parklane Private Hospital Ltd.** (*Demanderesse*) *Intimée*;

et

**Le Procureur général de la Colombie-Britannique** (*Défendeur*).

1973: le 31 octobre et le 1er novembre; 1974: le 27 mai.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Spence, Pigeon et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Contrats—«Quantum meruit»—Hôpital privé fournissant des services aux assistés sociaux—Action intentée pour la différence entre les montants réclamés par l'hôpital et les montants effectivement payés par la Ville—L'hôpital est-il privé de son droit par certains décrets—Hospital Act, R.S.B.C. 1960, c. 178, art. 37(2)—Social Assistance Act, R.S.B.C. 1960, c. 360—Residence and Responsibility Act, R.S.B.C. 1960, c. 340, art. 3—Décrets 3103, 4399, 4400.*

L'intimée, P, possède et exploite un hôpital privé à Vancouver où les assistés sociaux et d'autres patients reçoivent des soins hospitaliers. P a intenté une action contre la Ville de Vancouver réclamant la différence entre les montants que Parklane dit être payables par la Ville et ceux que la Ville a effectivement payés, pour les soins hospitaliers que P a fournis à des assistés sociaux durant la période du 1er mars 1968 au 31 janvier 1972. Antérieurement au 1er mars 1968, P, conformément à une entente avec la

dation for social assistance patients at the rate of $245 per patient per month or $8.05 per patient per day, but the agreement was terminated by a letter dated January 12, 1968, in which P gave the city notice that as of March 1, 1968, the rate which would be charged by P in respect of social assistance patients would be the same as the minimum rate for other patients, $9.05 per day. Subsequent to March 1, 1968, the city continued to send to, and authorized the care and accommodation of further social assistance patients in, the respondent hospital and the latter accepted and cared for such patients. The rates per patient claimed by P varied during the period in question as did the rates per patient paid by the city.

On September 18, 1970, by O.C. 3103, a regulation was passed under the *Hospital Act*, R.S.B.C. 1960, c. 178, by the Lieutenant-Governor in Council, pursuant to powers conferred by amendments to s. 37 of the *Hospital Act*. O.C. 3103 required each private hospital to provide one-third of its beds to social assistance patients for which the private hospital was to be paid at the rate for the time being established under the *Social Assistance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 360.

On December 1, 1971, O.C. 4399 and O.C. 4400 were passed under the *Residence and Responsibility Act*, R.S.B.C. 1960, c. 340. O.C. 4399 purported to limit the responsibility of local authorities to pay a private hospital for care of social assistance patients to the sum of $310 per month or the rate or rates payable from time to time under the *Social Assistance Act*, whichever was less. O.C. 4400 purported to limit the responsibility of local authorities to pay a private hospital for the care of social assistance patients that had already been given to the rate or rates payable from time to time under the *Social Assistance Act*.

The trial judge awarded $57,524.95 to P. An appeal by P was allowed and the British Columbia Court of Appeal increased the judgment to $92,437.70. Cross-appeals by the city and the Attorney-General for British Columbia, intervenor, were dismissed. The city and the Attorney-General for British Columbia then appealed to this Court.

*Held:* The appeals should be dismissed.

P had a *quantum meruit* action upon a quasi-contract in respect of which there had been no agreement as to remuneration. In these circumstances the city was obligated to pay reasonable rates and the city

Ville, a fourni des soins et un lit aux assistés sociaux au taux de $245 par mois par patient ou $8.05 par jour, mais l'entente a été résiliée par une lettre datée du 12 janvier 1968, dans laquelle Parklane donnait avis à la Ville qu'à compter du 1er mars 1968, le taux qu'elle exigeait pour les assistés sociaux serait le taux minimum applicable aux autres patients, soit $9.50 par jour. Postérieurement au 1er mars 1968, la Ville a continué à envoyer des assistés sociaux à l'hôpital intimé et l'a autorisé à les soigner et à les loger, et l'hôpital pour sa part les a acceptés et en a pris soin. Les taux par patient réclamés par P ont varié durant la période en question de même que les taux payés par la Ville.

Le 18 septembre 1970, par décret du conseil N° 3103, un règlement a été édicté en vertu du *Hospital Act*, R.S.B.C. 1960, c. 178, par le lieutenant-gouverneur en conseil, conformément aux pouvoirs conférés par les amendements à l'art. 37 du *Hospital Act*. Le décret N° 3103 exigeait que chaque hôpital privé mette le tiers de ses lits à la disposition des assistés sociaux pour lesquels l'hôpital privé devait être payé au taux pour le moment établi sous le régime du *Social Assistance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 360.

Le 1er décembre 1971, les décrets N° 4399 et N° 4400 ont été adoptés en vertu du *Residence and Responsibility Act*, R.S.B.C. 1960, c. 340. Le décret N° 4399 visait à limiter la responsabilité des autorités locales à payer à un hôpital privé pour le soin des assistés sociaux un montant ne dépassant pas $310 par mois ou le (les) taux payable(s) prescrit(s) de temps à autre en vertu du *Social Assistance Act*, selon le montant le moins élevé. Le décret N° 4400 visait à limiter la responsabilité des autorités locales à payer à un hôpital privé pour les soins déjà fournis aux assistés sociaux selon le(s) taux payable(s) prescrit(s) de temps à autre en vertu du *Social Assistance Act*.

Le juge de première instance a accordé $75,524.95 à P. Un appel par P a été accueilli et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a augmenté le montant du jugement à $92,437.70. Des appels incidents par la Ville et le Procureur général de la Colombie-Britannique à titre d'intervenant ont été rejetés. La Ville et le Procureur général de la Colombie-Britannique se pourvoient maintenant devant cette Cour.

*Arrêt*: Les pourvois doivent être rejetés.

P avait un droit de recours en *quantum meruit* sur un quasi-contrat pour lequel il n'y pas eu d'entente quant à la rémunération. Dans les circonstances, la Ville devait payer des taux raisonnables et la Ville a

conceded the rates claimed by P were reasonable. P's entitlement to recovery was not barred by any of the above-mentioned Orders in Council.

The invocation of O.C. 3103 could only operate to inhibit private hospitals in the rates they may charge if lower rates have been "established under the *Social Assistance Act*". The *Social Assistance Act* did not contain any express power to fix rates or amounts of social assistance and no regulations had been made under the Act for that purpose.

The aim of the *Residence and Responsibility Act*, under the authority of which O.C. 4399 purported to be made, was to determine as between municipalities who is responsible for whom, to delineate responsibilities of local authorities *inter se* and to limit responsibility of local authorities to persons seeking social assistance. The Act had nothing to do with any commitments of local authorities to others, more particularly it was not intended to limit the liabilities of local authorities toward those providing services to those on social assistance.

O.C. 4400, if *intra vires*, would serve to extinguish retrospectively the entire claim of P, but it failed to have that effect. The Lieutenant Governor in Council was empowered to enact regulations for the purposes of carrying into effect the provisions of the Act, but nothing expressly or by necessary implication contained in the Act authorized the retrospective impairment by regulation of existing rights and obligations.

*King George Highway Hospital Ltd. v. District of Surrey*, [1971] S.C.R. vi, applied.

APPEALS by the City of Vancouver and the Attorney-General for British Columbia from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], allowing an appeal by the plaintiff hospital, and dismissing the cross-appeals of the City of Vancouver and the Attorney-General for British Columbia, from a judgment of Berger J. Appeal dismissed.

*Ronald C. Bray* and *Robert G. Ward*, for the Attorney-General of British Columbia.

*Terrance R. Bland* and *Raymond G. Harvey*, for the City of Vancouver.

[1] [1973] 2 W.W.R. 289, 33 D.L.R. (3d) 169.

reconnu que les taux exigés par P étaient raisonnables. P n'était pas privée du droit d'en obtenir le paiement par un des décrets mentionnés ci-dessus.

On ne pouvait recourir au décret N° 3103 que pour inhiber les hôpitaux privés dans les taux qu'ils pouvaient exiger si des taux inférieurs avaient été «établi sous le régime du *Social Assistance Act*». Le *Social Assistance Act* ne contenait aucun pouvoir explicite de fixer les taux ou montants d'assistance sociale et aucun règlement n'avait été adopté à cette fin en vertu de la Loi.

Le but du *Residence and Responsibility Act*, en vertu duquel le décret N° 4399, prétend-on, a été adopté, était de déterminer entre les municipalités les personnes envers lesquelles elles sont respectivement responsables, de délimiter les responsabilités des autorités locales entre elles et de limiter la responsabilité des autorités locales envers les personnes demandant l'assistance sociale. La Loi n'avait rien à voir avec les engagements qu'avaient les autorités locales envers d'autres et plus particulièrement elle n'était pas destinée à limiter les responsabilités des autorités locales envers ceux fournissant des services aux assistés sociaux.

Si le décret N° 4400 est *intra vires*, il pourrait servir à éteindre rétroactivement l'entière réclamation de P, mais il n'a pas eu cet effet-là. Le lieutenant-gouverneur en conseil avait le pouvoir de faire des règlements aux fins de donner effet aux dispositions de la Loi, mais rien qui soit expressément ou par implication nécessaire contenu dans la Loi n'autorisait de porter rétroactivement atteinte par règlement à des droits et obligations existants.

Arrêt appliqué: *King George Highway Hospital Ltd. c. District of Surrey*, [1971] R.C.S. vi.

POURVOIS interjetés par la Ville de Vancouver et le Procureur général de la Colombie-Britannique à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], accueillant un appel de l'hôpital intimé, et rejetant les appels incidents de la Ville de Vancouver et du Procureur général de la Colombie-Britannique d'un jugement du Juge Berger. Pourvoi rejeté.

*Ronald C. Bray* et *Robert G. Ward*, pour le Procureur général de la Colombie-Britannique.

*Terrance R. Bland* et *Raymond G. Harvey*, pour la Ville de Vancouver.

[1] [1973] 2 W.W.R. 289, 33 D.L.R. (3d) 169.

*Duncan W. Shaw* and *Irwin G. Nathanson*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—Parklane Private Hospital Ltd. owns and operates a private hospital in the City of Vancouver in which social assistance patients and others receive hospital care. Parklane brought an action against the City of Vancouver for the difference between the amounts claimed by Parklane to be payable by the city, and the amounts actually paid, for provision by Parklane of hospital care for social assistance patients during the period March 1, 1968, to January 31, 1972. The action came on for trial before Berger J. who awarded Parklane $57,524.95. An appeal by Parklane was allowed (Branca J.A. dissenting) and the British Columbia Court of Appeal increased the judgment to $92,437.70. Cross-appeals by the city and the Attorney-General for British Columbia, intervenor, were dismissed. The city and the Attorney-General for British Columbia have now appealed to this Court.

On December 21, 1967, the Department of Social Welfare of British Columbia advised all municipalities in the Province that effective January 1, 1968, the Government of the Province would share with municipalities on a 90 per cent-10 per cent basis an adjustment in the cost of boarding home care and private hospital care, the maximum rate thenceforth for hospital care to be $245 per month or $8.05 per day. Prior to March 1, 1968, Parklane, pursuant to an agreement with the city, provided care and accommodation for social assistance patients at the rate of $245 per patient per month or $8.05 per patient per day, but the agreement was terminated by a letter dated January 12, 1968, in which Parklane gave the city notice that as of March 1, 1968, the rate which would be charged by Parklane in respect of social assistance patients would be the same as the minimum rate for other patients, $9.50 per day. By the same letter

*Duncan W. Shaw* et *Irwin G. Nathanson*, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Parklane Private Hospital Ltd. possède et exploite dans la ville de Vancouver un hôpital privé où les assistés sociaux et d'autres patients reçoivent des soins hospitaliers. Parklane a intenté contre la Ville de Vancouver une action réclamant la différence entre les montants que Parklane dit être payables par la Ville et ceux que la Ville a effectivement payés, pour les soins hospitaliers que Parklane a fournis à des assistés sociaux pendant la période du 1er mars 1968 au 31 janvier 1972. La cause a été entendue en première instance par M. le Juge Berger, qui a accordé à Parklane la somme de $57,524.95. Un appel de cette décision interjeté par Parklane a été accueilli (M. le Juge d'appel Branca étant dissident) et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a augmenté le montant du jugement à $92,437.70. Des appels incidents interjetés par la Ville et par le Procureur général de la Colombie-Britannique à titre d'intervenant ont été rejetés. La Ville et le Procureur général de la Colombie-Britannique se pourvoient maintenant devant cette Cour.

Le 21 décembre 1967, le ministère du Bien-être social de la Colombie-Britannique a donné avis à toutes les municipalités de la province qu'à compter du 1er janvier 1968, le gouvernement de la province partagerait avec les municipalités, suivant une répartition de 90% contre 10%, un rajustement du coût des soins fournis par les maisons de pension et les hôpitaux privés, le taux maximum rajusté applicable aux soins hospitaliers devant à compter de ce jour-là être de $245 par mois ou $8.05 par jour. Antérieurement au 1er mars 1968, Parklane, conformément à une entente avec la Ville, a fourni des soins et un lit aux assistés sociaux au taux de $245 par mois par patient ou $8.05 par jour, mais l'entente a été résiliée par une lettre datée du 12 janvier 1968, dans laquelle Parklane donnait avis à la Ville qu'à compter du 1er mars 1968, le taux qu'elle exigerait pour les assistés sociaux serait le taux minimum applicable aux

Parklane notified the city that if the new rates were not acceptable the city was to remove all the social assistance patients from the hospital on or before February 29, 1968, failing which Parklane would take action to collect from the city at the new rates. The city made no reply and continued payments to Parklane at the rate of $8.05 per day. A statutory duty is imposed upon the city by *Vancouver Charter* "to make suitable provision for its poor and destitute." Both the city and Parklane appreciated that in all humanity Parklane could not reasonably require the patients to leave the hospital; the city did not remove the patients then receiving care and has continued to send social welfare patients to the hospital.

On January 27, 1970, Vancouver City Council passed a resolution stating that the city was not prepared to pay any amount in excess of the authorized Provincial Government *per diem* rate for welfare or social service cases in hospitals or nursing homes. In response Parklane, through its solicitors, advised the city it was not prepared to accept the Government rate as full payment for services rendered. By a later letter to the city, Parklane noted that the City Welfare Department was continuing to refer patients to the hospital and cautioned that acceptance of patients should not be construed as acceptance of the rates set by the Government. The city did not reply to either letter. On March 4, 1970, the Department of Rehabilitation and Social Improvement of British Columbia distributed a serial letter stating that, effective April 1, 1970, the monthly maximum rate for nursing home care would be increased to $280 per month or $9.25 per day. Parklane gave the city notice that as of June 1, 1970, the rate for the care and accommodation of social welfare patients in the Parklane Hospital would be $11.50 per patient per day and if the city was not prepared to pay the new rate, all social welfare patients were to be removed by the end of June 1970, failing which the courts would be asked to enforce

autres patients, soit $9.50 par jour. Dans la même lettre, Parklane informait la Ville que si les nouveaux taux n'étaient pas acceptables, la Ville devait retirer tous les assistés sociaux de l'hôpital le 29 février 1968 ou avant cette date, à défaut de quoi Parklane prendrait les mesures nécessaires pour être payée selon le nouveau taux. La Ville ne répondit pas à la lettre et continua à payer Parklane au taux de $8.05 par jour. La charte de la Ville de Vancouver (*Vancouver Charter*) impose à la Ville l'obligation légale [TRADUCTION] «de prendre les dispositions convenables pour venir en aide aux pauvres et aux déshérités». La Ville et Parklane considéraient toutes deux que du point de vue humanitaire, Parklane ne pouvait pas raisonnablement exiger que les patients quittent l'hôpital; la Ville n'a pas retiré les patients qui y recevaient des soins hospitaliers et a continué à y envoyer des assistés sociaux.

Le 27 janvier 1970, le conseil municipal de la Ville de Vancouver a adopté une résolution déclarant que la Ville n'était pas disposée à payer plus que le *per diem* autorisé par l'administration provinciale pour les personnes à la charge du bien-être social ou du service social dans les hôpitaux ou maisons de santé. En réponse à ce geste, Parklane, par l'intermédiaire de ses procureurs, a donné avis à la Ville qu'elle n'était pas disposée à accepter le taux du gouvernement comme paiement intégral des services rendus. Dans une lettre subséquente adressée à la Ville, Parklane a fait remarquer que le service du bien-être social de la Ville continuait à envoyer des patients à l'hôpital et elle lui a donné l'avertissement que l'acceptation de patients ne devait pas être interprétée comme une acceptation du taux fixé par le gouvernement. La Ville ne répondit à ni l'une ni l'autre de ces lettres. Le 4 mars 1970, le ministère de la Réhabilitation et de l'Amélioration des conditions sociales de la Colombie-Britannique a fait distribuer une circulaire disant que, à compter du 1er avril 1970, le taux mensuel maximum pour les soins fournis par les maisons de santé serait augmenté à $280 par mois ou $9.25 par jour. Parklane a donné à la Ville l'avis qu'à compter du 1er juin 1970, le taux pour les soins

payment of a reasonable rate of $11.50 per patient per day. There was no reply by the city. On November 2, 1971, the Department advised municipalities that the social allowance rates for private hospital care would be increased to $310 per month or $10.35 per day.

Parklane continued to charge the city at the from time to time rates it advised it would charge. These are the same as, or less than, the rates charged private patients in the hospital. It is conceded by the city and by the Attorney-General for British Columbia that the rates claimed from time to time by Parklane were reasonable for the services rendered. None the less the city has continued to pay Parklane at the lower rates. The difference has been substantial, amounting to $92,437.70 during the period March 1, 1968, to January 31, 1972. The case is much like that which came before this Court in *King George Highway Hospital Limited v. The Corporation of the District of Surrey*[1]. In that case the hospital's claim was made on two bases, an express contract to pay at the new rate demanded by the hospital or alternatively upon *quantum meruit*. Chief Justice Wilson in the Supreme Court of British Columbia found there was a contract as alleged to pay at the rates claimed by the hospital and it became unnecessary for him to deal with the alternative claim upon a *quantum meruit*. The municipality appealed on the ground that on the evidence there was no consensus to support such a contract. After counsel had completed his submission in the Court of Appeal, counsel for King George Hospital rose to reply and stated that he had not argued an express contract before the learned Chief Justice but only *quantum meruit* and would not attempt to support the judgment upon the reasons given in the Court below. In the opinion of Chief Justice Davey the essential findings of fact on the hos-

[1] [1971] S.C.R. vi.

et le lit fournis aux assistés sociaux à l'hôpital Parklane serait de $11.50 par patient par jour et que si la Ville ne voulait pas payer le nouveau tarif, tous les assistés sociaux devaient être retirés avant la fin de juin 1970, à défaut de quoi elle s'adresserait aux tribunaux pour recouvrer le montant raisonnable de $11.50 par patient par jour. Il n'y a pas eu de réponse de la Ville. Le 2 novembre 1971, le ministère a donné avis à la municipalité que les taux d'allocation sociale pour les soins fournis par les hôpitaux privés seraient augmentés à $310 par mois ou $10.35 par jour.

Parklane a continué à facturer la Ville selon les taux périodiques dont elle lui donnait avis de temps à autre. Ces taux sont soit identiques soit inférieurs à ceux exigés des patients privés de l'hôpital. Il est admis par la Ville et par le Procureur général de la Colombie-Britannique que les taux réclamés de temps à autre par Parklane étaient raisonnables eu égard aux services rendus. Malgré tout, la Ville a continué de payer Parklane aux taux inférieurs. La différence a été substantielle, s'élevant à $92,437.70 pour la période du 1er mars 1968 au 31 janvier 1972. L'affaire est beaucoup semblable à celle qui est venue devant cette Cour sous l'intitulé *King George Highway Hospital Limited c. The Corporation of the District of Surrey*[1]. Dans cette affaire-là, l'hôpital avait fondé sa réclamation sur deux bases distinctes, soit, un contrat exprès prévoyant le paiement du nouveau taux exigé par l'hôpital ou, subsidiairement, un droit de recours fondé sur le *quantum meruit*. Le Juge en chef Wilson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'il y avait eu un contrat, comme on l'avait allégué, prévoyant le paiement suivant les taux réclamés par l'hôpital, et il n'a pas été nécessaire pour lui de traiter du recours distinct fondé sur le *quantum meruit*. La municipalité a interjeté appel pour le motif que selon la preuve, il n'y avait pas de commun accord étayant l'existence d'un tel contrat. Après que son avocat eut complété son exposé devant la Cour d'appel, l'avocat représentant le King George Hospital se leva pour répondre et déclara qu'il n'avait pas soutenu l'existence d'un contrat exprès devant

[1] [1971] R.C.S. vi.

pital's alternative claim based on *quantum meruit* were not possible from the state of the record and he would have sent the case back for a new trial. Branca J.A., with whom Nemetz J.A., as he then was, agreed, held there was no implied promise on the part of the municipality to pay fair and reasonable remuneration and the hospital's action was dismissed. An appeal by the hospital to this Court was allowed. Martland J. said orally for the Court:

We are all agreed that this appeal should succeed. Upon the evidence there was created an obligation on the respondent to pay the appellant at a *per diem* rate of $11 per patient from and after April 1, 1968.

The appeal is allowed and the judgment at trial is restored. The appellant is entitled to its costs in this Court and in the Court of Appeal.

On the present appeal a question arose as to whether the obligation to pay which the Court recognized in the *King George* case arose out of contract or in *quantum meruit*. Reference to the factums filed will disclose that argument was solely on *quantum meruit* and I think it must be taken that the case was decided on that footing. The right of the hospital to recover, in that case and in this, is independent of the original contract between the parties. It is important in the present appeal that subsequent to March 1, 1968, the City of Vancouver continued to send to, and authorized the care and accommodation of further social assistance patients in, Parklane Hospital and the latter accepted and cared for such patients. Parklane has a *quantum meruit* action upon a quasi-contract in respect of which there has been no agreement as to remuneration. In these circumstances the city must pay reasonable rates and the city concedes the rates claimed by Parklane are reasonable. Parklane is

le savant juge en chef mais seulement un recours basé sur le *quantum meruit*, et qu'il ne tenterait pas d'étayer le jugement par recours aux motifs donnés par la cour d'instance inférieure. Le Juge en chef Davey a été d'avis que d'après l'état du dossier, il n'était pas possible de tirer les conclusions de fait essentielles pour pouvoir statuer sur le recours distinct que l'hôpital fondait sur le *quantum meruit*, et que selon lui il fallait renvoyer le dossier pour nouveau procès. Le Juge d'appel Branca, avec qui le Juge Nemetz (alors juge d'appel) était d'accord, a statué qu'il n'y avait eu de la part de la municipalité aucune promesse implicite de payer une rémunération juste et raisonnable, et l'action de l'hôpital a été rejetée. Un appel interjeté par l'hôpital devant cette Cour a été accueilli. M. le Juge Martland s'est exprimé oralement au nom de la Cour:

Nous sommes tous d'avis d'accueillir le présent appel. D'après la preuve, il est né une obligation pour l'intimée de payer à l'appelante la somme de $11 par jour par patient à compter du 1er avril 1968.

L'appel est accueilli et le jugement de première instance rétabli. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

Dans l'appel présent une question s'est posée à savoir si l'obligation de payer que la Cour a reconnue dans l'affaire *King George* découlait d'un contrat ou du *quantum meruit*. En examinant les factums produits, on constatera que les plaidoiries portaient uniquement sur le *quantum meruit* et je crois qu'on doit prendre pour acquis que l'affaire a été décidée sur cette base. Le droit de l'hôpital au recouvrement, dans cette affaire-là et dans celle qui nous occupe, est indépendant du contrat originel intervenu entre les parties. Il est important dans l'appel présent que postérieurement au 1er mars 1968, la Ville de Vancouver a continué à envoyer des assistés sociaux à l'hôpital Parklane et l'a autorisé à les soigner et à les loger, et que l'hôpital pour sa part les a acceptés et en a pris soin. Parklane a un droit de recours en *quantum meruit* sur un quasi-contrat pour lequel il n'y a pas eu d'entente quant à la rémunération. Dans ces circonstances, la Ville doit payer des taux raisonna-

entitled to recover unless barred by one of the Orders in Council to which I will now refer.

*Order in Council 3103*

In the submission of the city and the Attorney-General for British Columbia, the Regulation passed under the *Hospital Act*, R.S.B.C. 1960, c. 178, by Order in Council 3103 extinguishes from the date of its passage on September 18, 1970, Parklane's claim for remuneration at its own rates. A statute encroaching on private rights or purporting to do so should be interpreted restrictively and the burden rests on those who seek to establish that the Legislature intended to take away the private rights of individuals. On April 6, 1968, s. 37(2) of the *Hospital Act* dealing with the power of the Lieutenant-Governor in Council to make regulations under that Act was amended by the *Statute Law Amendment Act*, 1968 (B.C.), c. 53, s. 9, to read:

> (2) The power to make regulations under this section extends to prescribing, in respect of any hospital, as defined under any of the provisions of this Act,
>
> (*a*) the proportion of the accommodation therein which shall be used as public- or standard-ward accommodation;
>
> (*b*) the number or proportion of persons who, being persons in receipt of social assistance as defined in the *Social Assistance Act*, are to be provided with the necessary care and accommodation therein at the rates payable for the time being under that Act,
>
> and, where such regulations are made,
>
> (i) each hospital to which the regulations are applicable shall observe the regulations; and
>
> (ii) the person having charge of admissions to a hospital to which any regulations made pursuant to clause (*b*) are applicable shall, if the number or proportion of such persons to whom that clause refers for the time being accommodated in that hospital is less than the number or proportion so prescribed, give preference of admission to such persons.

bles et la Ville reconnaît que les taux exigés par Parklane sont raisonnables. Parklane a le droit d'en obtenir le paiement à moins qu'elle ne soit privée de ce droit par un des décrets auxquels je vais maintenant me référer.

*Décret nº 3103*

Selon la prétention de la Ville et du Procureur général de la Colombie-Britannique, le règlement édicté en vertu du *Hospital Act*, R.S.B.C. 1960, c. 178, par le décret du conseil nº 3103, abolit à compter de la date de sa mise en vigueur, le 18 septembre 1970, le droit de Parklane d'exiger d'être rémunérée selon ses propres taux. Une loi empiétant sur les droits individuels ou ayant pour objet de le faire doit être interprétée restrictivement et ceux qui cherchent à établir que la législature a voulu soustraire à des individus des droits privés, ont le fardeau de la preuve. Le 6 avril 1968, le par. (2) de l'art. 37 du *Hospital Act*, traitant du pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil de faire des règlements en vertu de cette loi-là, fut modifié par le *Statute Law Amendment Act*, 1968 (C.-B.), c. 53, art. 9, pour se lire comme suit:

> [TRADUCTION] (2) Le pouvoir de faire des règlements en vertu du présent article s'étend à celui de prescrire, à l'égard de tout hôpital, tel que défini en vertu de quelque disposition de la présente loi,
>
> *a*) la proportion des lits dudit hôpital qui devra servir aux salles d'hôpital publiques—ou conventionelles:
>
> *b*) le nombre ou la proportion de personnes qui, étant des personnes recevant l'assistance sociale tel que défini dans la loi dite *Social Assistance Act*, doivent y recevoir les soins nécessaires et le logement aux taux payables pour le moment en vertu de cette loi-là,
>
> et, lorsque de tels règlements sont faits,
>
> (i) chaque hôpital à qui les règlements s'appliquent doit observer lesdits règlements; et
>
> (ii) la personne responsable des admissions à un hôpital auquel s'applique tous règlements adoptés en vertu de l'alinéa *b*) doit, si le nombre ou la proportion de personnes visées par cet alinéa-là y est pour le moment inférieur au nombre ou à la proportion prescrit, donner priorité à l'admission de semblables personnes.

Pursuant to s. 37 of the *Hospital Act*, Regulation 10, of which clauses (*a*) and (*d*) are quoted below, was made by Order in Council 3103, approved September 18, 1970:

10. (*a*) Each private hospital which is licensed under Part II of the Act shall provide the necessary care and accommodation therein for not less than a number of persons who are in receipt of social assistance as defined in the *Social Assistance Act*, which number shall be equivalent to one-third of the maximum number of patients which the said hospital is permitted to accommodate under its private hospital licence.

(*d*) The payment to the operator of a private hospital for providing necessary care and accommodation to a person in receipt of social assistance as aforesaid shall be made at the rate for the time being established under the *Social Assistance Act*. Where payment has been made to the operator of a private hospital as provided therein, it shall be deemed to be payment in full for the provision of necessary care and accommodation, notwithstanding any agreement or contract to the contrary, and any person seeking to recover any additional payment shall be guilty of an offence under the *Hospital Act*.

The invocation of Order in Council 3103 can only operate to inhibit private hospitals in the rates they may charge if lower rates have been "established under the *Social Assistance Act*", R.S.B.C. 1960, c. 360, and the position in that respect is far from clear. The *Social Assistance Act* does not contain any express power to fix rates or amounts of social assistance and no regulations have been made under the Act for that purpose. Section 3 of the Act states that social assistance may be granted out of funds appropriated by the Legislature for the purpose to individuals or families who are unable to provide necessities essential to a reasonably normal and healthy existence but the Act is silent as to who decides the rate or amount of social assistance. Section 4 provides that financial aid may be granted to any municipality to defray the costs of social assistance but the Act is silent on the determination of the amount of such grants. Section 11 charges the Department of Social Welfare with the administration of the Act and states there shall be in that Department an officer known as the "Director of Social

En vertu de l'art. 37 du *Hospital Act*, le règlement 10, dont les alinéas *a*) et *d*) sont cités ci-dessous, fut adopté par le décret 3103, promulgué le 18 septembre 1970:

[TRADUCTION] 10. *a*) Chaque hôpital privé qui détient un permis en vertu de la Partie II de la loi doit y fournir les soins et logement nécessaires à un certain nombre minimum de personnes qui reçoivent de l'assistance sociale tel que défini dans le *Social Assistance Act*, et ce nombre doit être égal au tiers du nombre maximum de patients que ledit hôpital peut loger en vertu de son permis d'hôpital privé.

*d*) Le paiement effectué à l'exploitant d'un hôpital privé pour les soins et le logement qu'il fournit à une personne qui reçoit de l'assistance sociale comme susdit, doit être fait aux taux pour le moment établi sous le régime de la loi dite *Social Assistance Act*. Lorsque le paiement a été fait selon qu'il y est prévu à l'exploitant d'un hôpital privé, il est réputé acquitter entièrement des soins et logement nécessaires, nonobstant toute entente ou convention contraire, et toute personne cherchant à recouvrer une somme additionnelle est coupable d'un infraction sous le régime du *Hospital Act*.

Le recours au décret 3103 ne peut avoir d'effet que pour inhiber les hôpitaux dans les taux qu'ils peuvent exiger si des taux inférieurs ont été «établis sous le régime de la loi dite *Social Assistance Act*», R.S.B.C. 1960, c. 360, et la situation à cet égard est loin d'être claire. Le *Social Assistance Act* ne contient aucun pouvoir explicite de fixer les taux ou montants d'assistance sociale et aucun règlement n'a été adopté à cette fin en vertu de cette loi-là. L'art. 3 de ladite loi prévoit que l'assistance sociale peut être accordée à l'aide des fonds affectés à cette fin par la législature aux particuliers ou aux familles qui se voient dans l'impossibilité de se procurer les choses essentielles au maintien d'une existence raisonnablement normale et saine mais ladite loi ne dit pas qui décide le taux ou le montant d'assistance sociale. L'article 4 prévoit qu'une aide financière peut être octroyée à toute municipalité pour défrayer les frais de l'assistance sociale, mais la loi est muette sur la détermination du montant de tels subsides. L'article 11 confie l'administration de la loi au ministère du Bien-être social et énonce

Welfare" who, under the Minister of Social Welfare, shall administer the provisions of the Act. Subject to the approval of the Minister, the Director is empowered by s. 13(*d*) to establish regulations and formulate policies not inconsistent with the Act for the administration of social assistance throughout the Province as a whole and for the local administration thereof. These are broad words, but I do not read them as giving the Director rate-making powers affecting private hospitals. If the Director can control charges for hospital services, can he control charges for groceries? I agree with Mr. Justice Robertson when he said in the British Columbia Court of Appeal:

Clause (*d*) is the only one that authorizes the establishment of regulations, but those regulations can only be established for the *administration* of social assistance throughout the Province as a whole and for the local *administration* thereof. I cannot distil from this language a power to impose rates of the kind in question here. The administration of social assistance is a matter internal to the department referred to in s. 11(1) and to municipal authorities of the kind referred to in clause (*b*) of s. 13. To my mind, if it had been the intention of the Legislature to empower the director to legislate as to the rates to be charged by private hospitals for accommodation, light, heat, food, drink, linen, nursing services and so on—a power the exercise of which could, as here, result in a loss to the hospital in the nature of a tax or confiscation—very clear words would have been required. See *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12th ed., pp. 256-259 and cases there cited; and *Abell v. County of York* (1920), 61 S.C.R. 345 at p. 351. The making of regulations of the kind in question is entirely outside the ambit of the *Social Assistance Act*.

Even conceding that the power to establish regulations for the administration of social assistance comprehended the power to establish hospital rates for social assistance patients in private hospitals, there is no evidence that any

qu'il y aura dans ce ministère un fonctionnaire connu comme le «directeur du Bien-être social» qui, sous la direction du ministre du Bien-être social, appliquera les dispositions de la loi. Sous réserve de l'approbation du ministre, le directeur a le pouvoir, en vertu de l'al. *d*) de l'art. 13, d'établir des règlements et de formuler des lignes de conduite compatibles avec ladite loi aux fins de l'administration de l'assistance sociale à travers la province dans son ensemble et aux fins de son administration au niveau local. Ces termes sont larges, mais je ne les interprète pas comme donnant au directeur des pouvoirs de tarification s'appliquant aux hôpitaux privés. Si le directeur peut régir le taux des services hospitaliers, peut-il régir le prix des produits d'épicerie? Je suis d'accord avec M. le Juge Robertson lorsqu'il dit en Cour d'appel de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] L'alinéa *d*) est le seul qui autorise l'établissement de règlements, mais ces règlements ne peuvent être établis que pour *l'administration* de l'assistance sociale dans l'ensemble de la province et pour son administration au niveau local. Je ne puis extraire de ces termes un pouvoir de tarification du genre de celui dont il est ici question. L'administration de l'assistance sociale est une matière qui se situe à l'intérieur du ministère mentionné au par. (1) de l'art. 11 et des administrations municipales du genre de celles qui sont mentionnées à l'alinéa *b*) de l'art. 13. A mon point de vue, si l'intention du législateur avait été de conférer au directeur le pouvoir de réglementer les taux que peuvent demander les hôpitaux privés pour le logement, la lumière, le chauffage, la nourriture, les breuvages, la literie, les services infirmiers et ainsi de suite—un pouvoir dont l'exercice pourrait, comme ici, entraîner pour l'hôpital une perte assimilable à une taxe ou à une confiscation—il aurait fallu des termes bien clairs. Voir *Maxwell on Interpretation of Statutes* (Ed. 12) pp. 256-259 et les arrêts qui y sont cités; et l'arrêt *Abell c. County of York* (1920), 61 R.C.S. 345 à la p. 351. L'établissement de règlements de la nature de ceux dont il est question est tout à fait en dehors du régime du *Social Assistance Act*.

Même en admettant que le pouvoir d'établir des règlements pour l'administration de l'assistance sociale inclut le pouvoir de fixer les taux hospitaliers applicables aux assistés sociaux traités dans les hôpitaux privés, il n'y a aucune preuve

regulation for this purpose was established by the Director. There was no direct communication between Department and hospitals. Circulars setting forth maximum rates for nursing home care were forwarded by the Department to municipalities under dates of December 21, 1967, March 4, 1970, and November 2, 1971, but one does not establish statutory regulations by circulars. The circulars were mere notifications to various municipalities of the assistance they could expect from the Government of British Columbia. The rates were stated for cost-sharing purposes and affected rights and obligations as between Province and municipalities but not as between municipalities and suppliers. A request by counsel for Parklane for a copy of the minute or document or regulation authorizing the rates was answered by the Deputy Minister in these words:

There are no specific minutes respecting the setting of rates for nursing and boarding homes. This is purely a matter of government policy.

When the rate change is authorized the Director of Social Welfare is advised to notify the persons concerned.

In the Court of Appeal Mr. Justice Taggart made the following observations with which I am in full agreement:

. . . It seems to me the circulars are no more than notification to the City that the Province of British Columbia, through the agency of the Director of Social Assistance, will pay only up to a fixed amount of the remuneration paid to the private hospitals for the services rendered to social assistance patients. The circulars are not directed to Parklane, the party primarily affected and one of the parties the Legislature must have had in mind in enacting the amendment to s. 37(2) of the *Hospital Act*; rather the circulars are directed to the City and it seems to me, advise the City of the extent to which the Director of Social Assistance is prepared to share in the cost incurred by the City in caring for the social assistance patients for whom the City has the primary responsibility. The City could, if it wished, pay the rates requested by Parklane and the other private hospitals,

qu'un règlement à cet effet a été établi par le directeur. Il n'y a eu aucune communication directe entre le ministère et les hôpitaux. Des circulaires établissant des taux maximum pour les maisons de santé ont été envoyées aux municipalités par le ministère datées du 21 décembre 1967, du 4 mars 1970 et du 2 novembre 1971, mais on n'édicte pas des règlements d'application au moyen de circulaires. Les circulaires avaient simplement pour but de faire connaître aux différentes municipalités l'aide qu'elles pouvaient s'attendre à recevoir du gouvernement de la Colombie-Britannique. Les taux étaient énoncés à des fins de partage de coût et ils avaient une portée sur les droits et obligations pouvant exister entre la province et les municipalités, mais non sur les droits et obligations pouvant exister entre municipalités et fournisseurs. A une demande que lui avait faite l'avocat de Parklane en vue d'obtenir une copie du procès-verbal ou document ou règlement établissant les taux, le sous-ministre a répondu en ces termes:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de procès-verbaux spécifiques concernant l'établissement de taux pour les maisons de santé et de pension. Il s'agit purement d'une question de politique gouvernementale.

Lorsqu'une modification de taux est autorisée, on demande au directeur du Bien-être social d'en donner avis aux personnes concernées.

En Cour d'appel, M. le Juge Taggart a fait les observations suivantes, auxquelles je souscris entièrement.

[TRADUCTION] . . . Il me semble que les circulaires ne sont rien de plus que des avis à la Ville que la province de Colombie-Britannique, par l'intermédiaire du directeur de l'Assistance sociale, ne paiera qu'à concurrence d'un montant fixé la rémunération versée aux hôpitaux privés pour les services fournis aux assistés sociaux. Les circulaires ne s'adressent pas à Parklane, qui est la partie principalement intéressée et une des parties que la législature devait avoir en vue lorsqu'elle a édicté la modification apportée au par. (2) de l'art. 37 du *Hospital Act*; plutôt, les circulaires s'adressent à la Ville et, me semble-t-il, l'informent de la mesure dans laquelle le directeur de l'Assistance sociale est prêt à partager les dépenses encourues par la Ville pour le soin des patients assistés sociaux qui sont avant tout la responsabilité de la Ville. Celle-ci pouvait, si elle le

but if it did so, it could not look to the Director of Social Assistance for any greater remuneration than that set out in the circulars.

While they are no doubt effective as notices by the Director of Social Assistance to the City, I cannot construe the circulars as "establishing a rate" which prevents Parklane from recovering reasonable remuneration.

I am accordingly of the opinion that the right of Parklane to charge reasonable rates for its hospital services is not obstructed by Order in Council 3103.

*Order in Council 4399 and Order in Council 4400*

Order in Council 4399 passed on December 1, 1971, reads as follows:

THAT, pursuant to the *Residence and Responsibility Act* and all other powers thereunto enabling, the responsibilities of local authorities, under the *Municipal Act* or under any Act of the Legislature or the regulations made under any Act, to contribute towards the costs of social assistance that may be given to any persons (in the form of institutional care provided for any person in any institution that is a private hospital within the meaning of the *Hospital Act* or a community care facility within the meaning of the *Community Care Facilities Licensing Act* wholly or partially at public expense) shall be defined and limited, in part, as follows:—The responsibility aforesaid means and shall be limited to the contribution of an amount towards the costs of social assistance given to each such person which contribution shall not exceed an amount of Three Hundred and Ten Dollars ($310.00) per month or an amount or amounts equal to the rate or rates payable for the assistance prescribed pursuant to the *Social Assistance Act* from time to time, whichever is less.

If *intra vires*, the Order in Council would limit the liability of the city for the cost of social assistance given to indigent patients by Parklane after December 1, 1971, to the rates referred to in the Provincial circulars. This Order in Council purports to be made under the authority of the *Residence and Responsibility Act*, R.S.B.C.

désirait, payer les taux demandés par Parklane et les autres hôpitaux privés, mais si elle le faisait elle ne pouvait s'attendre à recevoir du directeur de l'Assistance sociale une contribution plus élevée que celle énoncée dans les circulaires.

Bien qu'elles soient valides à titre d'avis donnés à la Ville par le directeur de l'Assistance sociale, je ne puis interpréter les circulaires comme «établissant un taux» qui empêche Parklane de recouvrer une rémunération raisonnable.

Je suis par conséquent d'avis que le droit de Parklane d'exiger des taux raisonnables pour ses services hospitaliers n'est pas restreint par le décret 3103.

*Décret 4399 et décret 4400*

Le décret 4399 adopté le 1er décembre 1971 se lit comme suit:

[TRADUCTION] QUE, conformément au *Residence and Responsibility Act* et à tous les autres pouvoirs habilitants conférés à cet égard, les responsabilités des autorités locales, sous le régime du *Municipal Act* ou sous le régime de toute autre loi de la législature ou de règlements faits en vertu de toute loi, de contribuer aux coûts de l'assistance sociale qui peut être fournie à des personnes quelconques (sous forme de soins institutionnels donnés à une personne quelconque dans toute institution qui est un hôpital privé au sens du *Hospital Act* ou un centre de soins communautaires au sens du *Community Care Facilities Licensing Act* entièrement ou partiellement aux frais des deniers publics) sont définies et limitées en partie, de la façon suivante: La responsabilité subside est définie et limitée comme étant la contribution d'un montant à appliquer aux coûts de l'assistance sociale fournie à chacune de ces personnes, contribution qui ne doit pas dépasser un montant de trois cent dix dollars ($310) par mois ou un montant égal ou des montants égaux au(x) taux payable(s) pour l'assistance prescrit(s) de temps à autre en vertu du *Social Assistance Act*, selon ce qui est le moins élevé.

S'il est *intra vires*, le décret se trouve à limiter aux taux mentionnés dans les circulaires du gouvernement provincial la responsabilité de la Ville pour le coût de l'assistance sociale fournie aux patients indigents par Parklane après le 1er décembre 1971. Ce décret est censément adopté sous l'empire de la loi dite *Residence and Re-*

1960, c. 340, and it is argued that it was authorized by s. 3 of that Act which reads in part:

3. Where, under any Act of the Legislature or the regulations made under any Act, the authority of a local area is required to grant social assistance to any persons or to contribute towards the costs of social assistance that may be given to any persons, the persons in question shall be limited to those who are residents of that local area, and the responsibility of the local authority in respect of those persons under that Act shall be further defined and limited by the terms of this Act. Without limiting the generality of the foregoing, the provisions of this Act and of the regulations made under this Act shall define and limit the responsibilities of local authorities under any of the following Acts, notwithstanding any provision to the contrary contained in that Act or in any regulation made under that Act:—

The aim of the Act is to determine as between municipalities who is responsible for whom, to delineate responsibilities of local authorities *inter se* and to limit the responsibility of local authorities to persons seeking social assistance. The Act has nothing to do with any commitments of local authorities to others, more particularly it is not intended to limit the liabilities of local authorities toward those providing services to those on social assistance. I am accordingly of the opinion that the enactment of Order in Council 4399 was not authorized by the provisions of the *Residence and Responsibility Act*.

Order in Council 4400 is in these words:

B.C. Reg. 283/71

RESIDENCE AND RESPONSIBILITY ACT

Regulation Made by Order in Council 4400,

Approved December 1, 1971

THAT, pursuant to the *Residence and Responsibility Act* and all other powers thereunto enabling, the responsibilities of local authorities, under the *Municipal Act* or under any Act, to contribute toward the

*sponsibility Act*, R.S.B.C. 1960, c. 340, et on soutient qu'il est autorisé par l'art. 3 de cette loi-là, libellé en partie comme suit:

[TRADUCTION] 3. Lorsque, en vertu d'une loi quelconque de la législature ou des règlements établis en vertu d'une loi quelconque, l'autorité d'un territoire local doit accorder de l'assistance sociale à des personnes ou doit contribuer au paiement des coûts de l'assistance sociale qui peut être donnée à des personnes, les personnes dont il s'agit ne peuvent être que celles qui résident dans ce territoire local, et la responsabilité de l'autorité locale à l'égard de ces personnes sous le régime de cette loi-là se trouvera définie et précisée davantage par les termes de la présente loi. Sans limiter la généralité de ce qui précède, les dispositions de la présente loi et des règlements faits en vertu de la présente loi définissent et limitent les responsabilités qui incombent aux autorités locales en vertu des lois suivantes, nonobstant toute disposition à l'effet contraire contenue dans cette loi-là ou dans un règlement quelconque établi en vertu de cette loi-là:—

Le but du *Residence and Responsibility Act* est de déterminer entre les municipalités les personnes pour lesquelles elles sont respectivement responsables, de délimiter les responsabilités des autorités locales entre elles et de limiter la responsabilité des autorités locales envers les personnes qui demandent l'assistance sociale. Cette loi-là n'a rien à voir avec les engagements qu'ont les autorités locales envers d'autres et, plus particulièrement, elle n'est pas destinée à limiter les responsabilités des autorités locales envers ceux qui fournissent des services aux assistés sociaux. Je suis par conséquent d'avis que l'adoption du décret 4399 n'était pas permise par les dispositions du *Residence and Responsibility Act*.

Le décret 4400 est rédigé comme suit:

[TRADUCTION]

C.-B. Règl. 283/71

RESIDENCE AND RESPONSIBILITY ACT

Règlement édicté par le décret n° 4400,

approuvé le 1er décembre 1971

QUE, conformément au *Residence and Responsibility Act* et à tous les autres pouvoirs habilitants conférés à cet égard, les responsabilités des autorités locales, sous le régime du *Municipal Act* ou sous le

costs of social assistance that have been given to any persons (in the form of institutional care provided for any person in any institution that is a private hospital within the meaning of the *Hospital Act* or a community care facility within the meaning of the *Community Care Facilities Licensing Act* wholly or partially at public expense) shall be defined and limited, in part, as follows: The responsibility aforesaid, as of the date of approval of this Order, means and shall be limited to the contribution of an amount toward the costs of social assistance given to each such person, which contribution shall not exceed an amount or amounts calculated at the rate or rates payable for the assistance as prescribed pursuant to the *Social Assistance Act* from time to time, less any amount or amounts already contributed in respect of such person.

If *intra vires*, Order in Council 4400 would serve to extinguish retrospectively the entire claim of Parklane, but in my view it fails to have that effect. The Lieutenant Governor in Council is empowered to enact regulations for the purposes of carrying into effect the provisions of the Act, but nothing expressly or by necessary implication contained in the Act authorizes the retrospective impairment by regulation of existing rights and obligations.

The Attorney-General for British Columbia sought to address an argument to the Court whether, assuming Parklane has a claim which is not barred by any of the Orders in Council, Parklane could recover for amounts claimed from and after the date of issuance of the writ, February 28, 1969. This point was raised for the first time in this Court and by an intervenor. The Court declined to hear argument on the point.

I would, accordingly, dismiss the appeals with costs.

*Appeals dismissed with costs.*

*Solicitors for the defendant, appellant, Attorney-General for British Columbia: Bouck & Co., Vancouver.*

régime de toute autre loi, de contribuer aux coûts de l'assistance sociale qui a été fournie à des personnes quelconques (sous forme de soins institutionnels donnés à une personne quelconque dans toute institution qui est un hôpital privé au sens du *Hospital Act* ou un centre de soins communautaires au sens du *Community Care Facilities Licensing Act* entièrement ou partiellement aux frais des deniers publics) sont définies et limitées, en partie, de la façon suivante: la responsabilité susdite, à compter de la date de l'approbation du présent décret, est définie et limitée comme étant la contribution d'un montant à appliquer aux coûts de l'assistance sociale fournie à chacune de ces personnes, contribution qui ne doit pas dépasser un montant ou des montants calculé(s) selon le(s) taux payable(s) pour l'assistance sociale prescrit(s) de temps à autre en vertu du *Social Assistance Act*, moins le(s) montant(s) déjà contribué(s) à l'égard d'une telle personne.

Si le décret 4400 est *intra vires*, il pourrait servir à éteindre rétroactivement l'entière réclamation de Parklane, mais à mon avis il ne peut avoir cet effet-là. Le lieutenant-gouverneur en conseil a le pouvoir de faire des règlements aux fins de mettre à effet les dispositions contenues dans la loi, mais rien qui soit expressément ou par implication nécessaire contenu dans la loi n'autorise de porter rétroactivement atteinte par règlement à des droits et obligations existants.

Le Procureur général de Colombie-Britannique a voulu plaider devant cette Cour sur la question de savoir si, dans l'hypothèse que Parklane ait un droit de recours que n'annule aucun des décrets, Parklane pourrait recouvrer les montants réclamés depuis et après la date de l'émission du bref, le 28 février 1969. Ce point a été soulevé pour la première fois devant cette Cour, et par un intervenant. La Cour a refusé d'entendre des plaidoiries sur ce point.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les appels avec dépens.

*Appels rejetés avec dépens.*

*Procureurs du défendeur, appelant, le Procureur-général pour la Colombie-Britannique: Bouck & Co., Vancouver.*

*Solicitor for the defendant, appellant, Corporation of the City of Vancouver: C.S.G.C. Fleming, Vancouver.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent: Davis & Co., Vancouver.*

*Procureur de la défenderesse, appelante, Corporation of the City of Vancouver: C.S.G.C. Fleming, Vancouver.*

*Procureurs de la demanderesse, intimée: Davis & Co., Vancouver.*

**Dr. Peter Roper** (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

**The Executive Committee of the Medical Board of the Royal Victoria Hospital**

and

**Richard E. Long, John C. Beck, Lloyd D. MacLean, George B. Maughan, Robert A. Cleghorn, Kenneth J. MacKinnon, C. Miller Ballem, P. J. Tweedie, D. J. MacDonald**

and

**The Board of Management of The Royal Victoria Hospital and the Royal Victoria Hospital** (*Defendants*) *Respondents.*

1974: March 19, 20; 1974: April 29.

Present: Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Physicians and surgeons—Mandamus—Application for re-appointment to medical staff of a hospital—Request to have witnesses heard at the hearing denied—Audi alteram partem rule—Hospitals Act, R.S.Q. 1964, c. 164—Regulations, Order in Council No. 288, January 31, 1969, ss. 159, 160 and 169.*

After he had been a member of the medical staff of the respondent hospital for several years appellant was not re-hired in 1967 because of certain problems. About three years after this decision by the hospital, he applied for his re-appointment to the medical staff. The usual proceedings were followed and the different committees gave appellant's application an unfavourable response. At his request he was given a hearing by the Executive Committee, during which he asked that certain individuals from whom he had written declarations in his favour be heard. The Executive Committee refused to hear any witnesses, but told appellant's solicitor that they would be ready to hear him, or his client a few days later. Appellant sought to have this decision set aside by mandamus, relying on ss. 159 and 160 of the Regulations made under the *Hospitals Act*. His petition was dismissed in the Superior Court and the Court of Appeal. He accordingly appealed to this Court.

*Held:* The appeal should be dismissed.

**Dr. Peter Roper** (*Demandeur*) *Appelant*;

et

**The Executive Committee of the Medical Board of the Royal Victoria Hospital**

et

**Richard E. Long, John C. Beck, Lloyd D. MacLean, George B. Maughan, Robert A. Cleghorn, Kenneth J. MacKinnon, C. Miller Ballem, P. J. Tweedie, D. J. MacDonald**

et

**The Board of Management of the Royal Victoria Hospital et The Royal Victoria Hospital** (*Défendeurs*) *Intimés.*

1974: les 19 et 20 mars; 1974: le 29 avril.

Présents: Les Juges Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Médecin et chirurgien—Mandamus—Demande de ré-admission au bureau médical d'un hôpital—Requête pour faire entendre témoins à l'audition refusée—Maxime «Audi alteram partem»—Loi des hôpitaux, S.R.Q. 1964, c. 164—Règlements, arrêté en conseil nº 288, 31 janvier 1969, art. 159, 160, 169.*

L'appelant, membre pendant quelques années du personnel médical de l'hôpital intimé, n'a pas été ré-engagé en 1967 à cause de certaines difficultés. Quelque trois ans après cette décision de l'hôpital, il demande sa ré-admission au bureau médical. La procédure habituelle est suivie et les divers comités expriment un avis défavorable. A sa requête, une audition lui est accordée par le comité exécutif, au cours de laquelle il demande que soient entendues certaines personnes dont il a des déclarations écrites en sa faveur. Le comité exécutif refuse d'entendre les témoins mais informe le procureur de l'appelant qu'il serait prêt à l'entendre ou à entendre son client quelques jours plus tard. L'appelant essaie par *mandamus* de faire mettre cette décision de côté en s'appuyant sur les art. 159 et 160 des règlements de la *Loi des hôpitaux*. Il est débouté de ses conclusions tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel. Il en appelle à cette Cour.

*Arrêt:* L'appel doit être rejeté.

The decision to be taken by the Executive Committee was administrative in nature, and would result in the making of a recommendation to the Board of Management. This is the actual wording of s. 159 of the Regulations made under the *Hospitals Act*, which is in accordance with the philosophy of the Act, making the Board of Management wholly responsible for choosing and appointing its staff. In this context the *audi alteram partem* rule relied on by appellant loses its force, as an administrative body may not transform itself into a quasi-judicial one. The fundamental obligation of the Executive Committee is to demonstrate the objectivity and fair play essential in such matters. If in doing that it is necessary to hear the parties, and even their witnesses, the rule applies, but on an exceptional basis only. The actual wording of the Regulations gives a candidate the option to be "heard or represented", which precisely means appearing personally or through his attorney, to present his case, but does not include the calling of other witnesses. The word "hearing" used in s. 160 is limited by these words. The *Hospitals Act* Regulations cannot be read apart from the context of our general enactments respecting proof and hearing. In the province of Quebec, the *Code of Civil Procedure* has always made a clear distinction between proof and hearing. This classic distinction made in Quebec must be applied here.

The fact that the Executive Commmittee went somewhat further than s. 159 required in agreeing to hear petitioner and his representative, and in permitting the production of documents, does not transform it into a quasi-judicial body obliged to do everything implied in the expression "proof and hearing". If allowing the parties further latitude had this effect, the temptation would be almost irresistible to give the narrowest possible interpretation to the rights of the parties.

*Komo Construction Inc. and Les Constructions du St-Laurent Limitée v. Quebec Labour Relations Board*, [1968] S.C.R. 172; *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12; *R. v. Randolph*, [1966], S.C.R. 260, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

*P. Cutler, Q.C.*, and *C. Langlois*, for the plaintiff, appellant.

Il s'agissait pour le comité exécutif de prendre une décision d'ordre administratif qui devait se traduire par une recommendation au Conseil d'administration. C'est le texte même de l'art. 159 des règlements de la *Loi des Hôpitaux*, lequel est conforme à la philosophie de la loi, celle-ci confiant au Conseil d'administration la gestion complète de l'hôpital et la responsabilité du choix et de la nomination de son personnel. Dans ce contexte, la règle *audi alteram partem* perd de sa force, l'organisme administratif ne pouvant se transformer en organisme quasi judiciaire. L'obligation fondamentale du comité exécutif est de manifester l'objectivité et le *fair play* essentiels en ces matières. Si pour y arriver il faut entendre les parties, et même leurs témoins, la règle s'applique mais à titre exceptionnel. Le texte même des règlements donne au candidat le choix «de se faire entendre ou se faire représenter», ce qui veut dire précisément comparaître pour faire valoir ses moyens, soit personnellement, soit par procureur, mais ne comporte pas la présentation d'autres témoins. Le mot «audition» utilisé dans l'art. 160 est limité par ces termes. Les règlements de la *Loi des hôpitaux* ne peuvent être lus hors le contexte de nos lois générales touchant la preuve et l'audition. Dans la province de Québec, le *Code de procédure civile* a toujours fait une distinction nette entre l'enquête et l'audition. Cette distinction classique dans le Québec doit ici recevoir son application.

Le fait que le comité exécutif soit allé en quelque sorte plus loin que les exigences de l'art. 159 en acceptant d'entendre ce requérant et son représentant et en permettant la production de documents, ne le transforme pas en organisme quasi judiciaire lui imposant l'obligation de faire tout ce qu'on entend par l'expression «enquête et audition». Si le fait d'accorder une plus grande latitude aux parties entraînait cette conséquence, la tentation serait grande de donner l'interprétation la plus étroite à leurs droits.

Arrêts mentionnés: *Komo Construction Inc. et Les Constructions du St-Laurent Limitée c. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172; *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12; *R. c. Randolph*, [1966] R.C.S. 260.

APPEL d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine, province de Québec, confirmant un jugement de la Cour supérieure. Appel rejeté.

*P. Cutler, c.r.*, et *C. Langlois*, pour le demandeur, appelant.

*N. A. Saibil*, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Having had his petition for the issuance of a writ of mandamus dismissed by the Superior Court and by two of the three judges on the Court of Appeal, plaintiff now asks this Court to rule in his favour.

The facts are straightforward, and in summarizing them I could do no better than accept the version of Deschênes J.A. (as he then was):

[TRANSLATION] Appellant, who specialized in the field of psychiatry, applied for admission to the medical staff of the Royal Victoria Hospital in Montreal on January 26, 1970.

By turns the Credentials Committee (February 25, 1970), the Medical Advisory Committee (March 4, 1970) and the Executive Committee (March 20, 1970) gave appellant's application an unfavourable response.

On April 3 appellant requested a hearing before the Executive Committee, in accordance with s. 159 of the Regulations made under the *Hospitals Act* (1).

This hearing was granted and took place in two stages, on April 21 and June 9, 1970.

On April 21 the Executive Committee furnished to appellant the complete record relied on by the Credentials Committee in making its recommendation.

On June 9 appellant cited to the Executive Committee written declarations, favorable to appellant, signed by the Registrar of the Allan Memorial Institute, ten other doctors and two other members of the staff. Appellant asked that these persons be heard as a means of enabling him to refute the unfavourable allegations presented to the Credentials Committee, and suggested that it might perhaps be more convenient if the record were returned to the Credentials Committee so that the latter could reconsider, after hearing the witnesses and the appellant.

(1) Order in Council No. 288, January 31, 1969, published in the *Quebec Official Gazette*, 1969, Vol 101, p. 1593, effective April 1, 1969.

The Executive Committee, after considering this request, decided "that it would not refer the application as requested, nor did it intend to

*N. A. Saibil*, pour les défendeurs, intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Débouté de ses conclusions en *mandamus* tant par la Cour supérieure que par deux des trois juges de la Cour d'appel, le demandeur nous demande maintenant de nous prononcer en sa faveur.

Les faits sont simples et je ne saurais mieux faire que d'en accepter le résumé fait par M. le Juge Deschênes (alors de la Cour d'appel):

L'appelant, spécialisé en psychiatrie, a demandé son admission au Bureau médical du Royal Victoria Hospital de Montréal le 26 janvier 1970.

Tour à tour le comité des créances (25 février 1970), le comité médical aviseur (4 mars 1970) et le comité exécutif (20 mars 1970) exprimèrent un avis défavorable à la demande de l'appelant.

Le 3 avril, l'appelant requit une audition devant le Comité exécutif, en vertu de l'article 159 des règlements de la Loi des hôpitaux (1).

Cette audition lui fut accordée et se déroula en deux étapes, les 21 avril et 9 juin 1970.

Le 21 avril, le Comité exécutif donna communication à l'appelant du dossier complet sur lequel le comité des créances s'était basé pour formuler sa recommandation.

Le 9 juin, l'appelant fit état devant le Comité exécutif des déclarations écrites, favorables à l'appelant, qu'avaient signées le Registraire du Allan Memorial Institute, dix autres médecins ainsi que deux autres membres du personnel. L'appelant demanda que ces personnes fussent entendues afin de lui permettre de tenter de réfuter les allégations désobligeantes dont le comité des créances avait été saisi, et il suggéra qu'il serait peut-être plus commode que le dossier soit retourné au comité des créances afin que celui-ci procède à une nouvelle étude, après audition des témoins ainsi que de l'appelant.

(1) Arrêté en conseil numéro 288, 31 janvier 1969, publié dans la Gazette Officielle de Québec, 1969, volume 101, p. 1593, entré en vigueur le 1er avril 1969.

Le comité exécutif, après avoir étudié cette demande, décida «that it would not refer the application as requested, nor did it intend to

hear any witnesses". In advising appellant's counsel of this decision the Executive Committee told him that it would be ready to hear him, or his client, a few days later. It is this decision that appellant seeks to have set aside. For this purpose he relies on ss. 159 and 160 of the *Hospitals Act* Regulations, which sections are set out below:

Section 159

When the executive committee does not recommend a candidate to the board of management for appointment or a renewal of appointment, or it recommends a change in the status and privileges of a member of the medical staff, it must inform, in writing, the candidate or the member concerned of its recommendation.

The candidate or member concerned may, within a delay of two (2) weeks, be heard or represented, according to his choice, before the executive committee or the board of management.

Section 160

If the hearing takes place before the executive committee, the latter must inform, in writing, the candidate or member concerned of its recommendation to the board of management.

Accordingly the only question is as to whether the Superior Court and the majority of the Court of Appeal were correct in finding that, in a case of this nature, the Executive Committee was right, having regard to all the circumstances, in refusing to hear witnesses. Before going further, I would say that I agree with the judgment *a quo*.

In his support appellant relies on the maxim *audi alteram partem,* and he submits that the refusal by the Executive Committee to hear his witnesses was in breach of that rule. As to this it should be recalled that, as Mr. Justice Pigeon noted in *Komo Construction Inc. and Les Constructions du St-Laurent Limitée v. Quebec Labour Relations Board*[1], at p. 175:

[TRANSLATION] So far as application of the *audi alteram partem* rule is concerned, it should be noted that the rule does not mean a hearing must always be

[1] [1968] S.C.R. 172.

hear any witnesses». En communiquant cette décision au procureur de l'appelant, le comité exécutif l'informait qu'il serait prêt à l'entendre ou entendre son client quelques jours plus tard. C'est cette décision que l'appelant veut faire mettre de côté. Pour ce faire, il s'appuie sur les art. 159 et 160 des règlements de la *Loi des hôpitaux*, articles qu'il importe de réciter ici:

Article 159

Lorsque le comité exécutif ne recommande pas au conseil d'administration un candidat à une nomination ou à un renouvellement de nomination ou qu'il recommande une modification du statut et des privilèges d'un membre du personnel médical, il doit informer par écrit le candidat ou le membre intéressé de sa recommandation.

Le candidat ou le membre intéressé peut, dans un délai de deux(2) semaines, se faire entendre ou se faire représenter, selon son choix, devant le comité exécutif ou le conseil d'administration.

Article 160

Si l'audition a lieu devant le comité exécutif, celui-ci doit informer, par écrit, le candidat ou le membre intéressé de sa recommandation au conseil d'administration.

Le seul problème est donc de déterminer si la Cour supérieure et la majorité de la Cour d'appel ont eu raison de décider que, dans une matière de cette nature, le comité exécutif avait raison, compte tenu de toutes les circonstances, de refuser d'entendre des témoins. Je dirai tout de suite que je suis d'accord avec le jugement dont appel.

L'appelant invoque en sa faveur la maxime *audi alteram partem* et il soumet que le refus par le comité exécutif d'entendre ses témoins est une violation de cette règle. A ce sujet, il ne faut pas oublier, ainsi que M. le Juge Pigeon l'affirmait dans *Komo Construction Inc. et Les Constructions du St-Laurent Limitée c. Commission des Relations de Travail du Québec*[1], à la p. 175:

Pour ce qui est de l'application de la règle *audi alteram partem*, il importe de noter qu'elle n'implique pas qu'il doit toujours être accordé une audition.

[1] [1968] R.C.S. 172.

granted. The requirement is that a party shall be given an opportunity to present his case.

In the case at bar appellant was not a stranger. The following facts may be briefly noted:

—in 1959 he joined the staff of the hospital as a psychiatrist;

—in the years following problems arose between him and some of his colleagues, in particular the heads of the Psychiatry Department;

—on October 4, 1966 the Medical Board of the hospital, in accordance with the Regulations then in effect, adopted a resolution recommending that the Board of Governors not re-hire plaintiff-appellant as a member of the medical staff, as of January 1, 1967;

—appellant began by lodging a complaint with the College of Physicians, but the latter advised him "that the procedures followed in your case by the Royal Victoria Hospital were in order";

—appellant then moved for an interlocutory injunction against the hospital, a motion which resulted in a lengthy trial and was dismissed by Deslauriers J. of the Superior Court on January 16, 1967;

—as appellant did not accept the decision that he was no longer a member of the medical staff, the hospital was obliged in its turn to take proceedings for an injunction, and judgment was given in its favour by Reid J. on February 28, 1967.

This background is clearly not in itself a bar to the application for admission made by appellant on January 26, 1970, in accordance with the new *Hospitals Act* Regulations introduced by Order in Council No. 288. However, it is part of the overall picture which the Executive Committee had the power, and even the duty, to consider.

The decision to be taken by the Executive Committee was undoubtedly administrative in nature, and would result in the making of a

L'obligation est de fournir à la partie l'occasion de faire valoir ses moyens.

En l'espèce l'appelant n'était pas un inconnu. Rappelons en quelques lignes les faits suivants:

—en 1959, il se joignait au personnel de l'hôpital en qualité de psychiatre;

—dans les années qui suivirent, des difficultés s'élevèrent entre lui et certains de ses collègues, particulièrement les chefs du département de psychiatrie;

—le 4 octobre 1966, le bureau médical de l'hôpital, aux termes des règlements alors en vigueur, adoptait une résolution recommandant au Bureau des gouverneurs de ne pas ré-engager le demandeur-appelant comme membre du personnel médical à compter du 1er janvier 1967;

—l'appelant commença par loger une plainte auprès du Collègue des Médecins mais celui-ci l'informa «that the procedures followed in your case by the Royal Victoria Hospital were in order»;

—l'appelant dirige alors une demande d'injonction interlocutoire contre l'hôpital, demande qui donna lieu à une assez longue enquête et qui fut rejetée le 16 janvier 1967 par M. le Juge Deslauriers de la Cour supérieure;

—l'appelant n'acceptant pas la décision qu'il ne faisait plus partie du personnel médical, l'hôpital à son tour fut forcé de prendre des procédures en injonction et jugement en sa faveur fut prononcé le 28 février 1967 par M. le Juge Reid.

Cette situation antérieure n'est évidemment pas par elle-même une fin de non-recevoir à la demande d'admission formulée par l'appelant le 26 janvier 1970 aux termes des nouveaux règlements de la *Loi des hôpitaux* déterminés par l'arrêté-en-conseil no 288. Toutefois, elle fait partie du tableau d'ensemble dont le comité exécutif avait le pouvoir et même le devoir de prendre connaissance.

Il s'agissait certainement pour le comité exécutif de prendre une décision d'ordre administratif, décision qui devait se traduire par une

recommendation to the Board of Management. This is the actual wording of s. 159 of the Regulations, which wording moreover is in accordance with the philosophy of the Act, which makes the Board of Management wholly responsible for administering the hospital and for choosing and appointing its staff. In this context the *audi alteram partem* rule, relied on by appellant, loses its force considerably, as an administrative body may not transform itself into a quasi-judicial one. The fundamental obligation of the Executive Committee is to demonstrate the objectivity and fair play essential in such matters. If in doing that it is necessary to hear the parties, and even their witnesses, the rule applies, but on an exceptional basis only. This Court has ruled on the point several times, and we need only refer to *Guay v. Lafleur*[2]; *R. v. Randolph*[3].

Of course, the actual wording of the Regulations could have imposed such an obligation to hear the witnesses presented by appellant. Indeed, this was the conclusion arrived at by Deschênes J.A. However, with respect, I do not see how it is possible to form such a conclusion from a provision which gives a candidate the option of being "heard or represented". On this point, I concur without hesitation in the majority opinion of the Court of Appeal, in particular the following passage from the reasons of Gagnon J.A.:

[TRANSLATION] . . . with respect for the contrary view, I am unable to see that s. 159 gives him more than the right to be "heard or represented". To me, "se faire entendre ou se faire représenter", as is indicated by the use of the personal pronoun, precisely means, appearing to present one's case, but does not include the calling of other witnesses. The word "hearing" used in s. 160 is limited by these words. This seems to me, after consideration, the better meaning to be given to the words used, and in my view it was not the intention of the Lieutenant Governor in Council to require the Executive Committee to set itself up as a kind of commission of inquiry, of which, moreover, it has none of the usual powers, such as for example the power to swear witnesses or compel them to testify.

[2] [1965] S.C.R. 12.
[3] [1966] S.C.R. 260.

recommandation au Conseil d'administration. C'est le texte même de l'art. 159 des règlements, texte qui est conforme à la philosophie de la Loi, celle-ci confiant au Conseil d'administration la gestion complète de l'hôpital et la responsabilité du choix et de la nomination de son personnel. Dans ce contexte, la règle *audi alteram partem*, invoquée par l'appelant, perd considérablement de sa force, l'organisme administratif ne pouvant se transformer en organisme quasi judiciaire. L'obligation fondamentale du comité exécutif est de manifester l'objectivité et le *fair play* essentiels en ces matières. Si pour y arriver il faut entendre les parties, et même leurs témoins, la règle s'applique mais à titre exceptionnel. Notre Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur le point et il suffit de rappeler les arrêts *Guay c. Lafleur*[2]; *R. c. Randolph*[3].

Évidemment, le texte même des règlements aurait pu imposer cette obligation d'entendre les témoins offerts par l'appelant. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en est arrivé M. le Juge Deschênes. Toutefois, en toute déférence, je ne vois pas comment on peut conclure de cette façon en lisant un texte qui donne au candidat le choix de «se faire entendre ou se faire représenter». Sur ce point, je me rallie sans hésitation à l'opinion de la majorité en Cour d'appel, plus particulièrement au texte suivant tiré des notes de M. le Juge Gagnon:

. . . je ne puis me convaincre, avec déférence pour l'opinion contraire, que l'article 159 lui accorde plus que le droit de «se faire entendre ou se faire représenter». Pour moi, «se faire entendre ou se faire représenter», comme l'indique l'emploi du pronom personnel, veut dire précisément comparaître pour faire valoir ses moyens, mais ne comporte pas la présentation d'autres témoins. Le mot «audition» utilisé dans l'article 160 est limité par ces termes. Cela m'apparaît, après réflexion, le meilleur sens qu'il faut donner aux mots employés et je suis d'avis que le lieutenant-gouverneur en conseil n'a pas voulu obliger le comité exécutif à se constituer en une sorte de commission d'enquête, dont il n'a pas d'ailleurs aucun des pouvoirs habituels, comme, par exemple, celui d'assermenter les témoins ou de les contraindre à témoigner.

[2] [1965] R.C.S. 12.
[3] [1966] R.C.S. 260.

I do not think appellant can benefit from s. 169 of the division relating to discipline:

Section 169

The council on discipline must allow accused to be heard personally, with or without his attorney, or through his attorney if he so wishes.

It is true that in this instance the legislator had added the word "personally", but the section as a whole seems to me to repeat the philosophy of s. 159, namely that in such matters the person concerned must either choose to appear in person to be heard, or choose to appear through an attorney.

I also feel that the *Hospitals Act* Regulations cannot be read apart from the context of our general enactements respecting proof and hearing. In the province of Quebec, the *Code of Civil Procedure* has always made a clear distinction between proof and hearing, as may be seen from re-reading Title Five of the Code, covering art. 274 *et seq.* This Title relates to "Administration de la preuve et audition", in English "Proof and Hearing", and the sections as a whole indicate that the words "proof" and "hearing" are not interchangeable.

Similarly art. 943, under the heading "Arbitration", states that "the arbitrators must hear the parties and receive their evidence"—"les arbitres doivent entendre les parties et recevoir leur preuve". In my view, this classic distinction made in Quebec must be applied here.

One final word. Appellant submitted the following proposition to the trial judge: even if s. 159 of the *Hospitals Act* Regulations did not require the Executive Committee to hear witnesses, the Committee itself did in fact expand the procedure considerably herein, and in view of that expansion must go all the way and hear all witnesses presented to them. Mitchell J. answered it as follows:

Petitioner attempts to draw from the fact that the executive committee went somewhat further than

Je ne crois pas que l'appelant puisse tirer avantage de l'art. 169 de la section touchant la discipline:

Article 169

Le conseil de discipline doit permettre à l'intimé de se faire entendre personnellement avec ou sans son procureur, ou de se faire entendre par l'intermédiaire de son procureur s'il le désire.

Il est vrai que cette fois le législateur a ajouté le mot «personnellement» mais l'ensemble de cet article me semble répéter la philosophie de l'art. 159, savoir que, dans ces matières, l'intéressé doit choisir de comparaître lui-même pour se faire entendre lui-même ou de comparaître par le ministère d'un procureur.

Il m'apparaît aussi que les règlements de la *Loi des hôpitaux* ne peuvent être lus hors le contexte de nos lois générales touchant la preuve et l'audition. Dans la province de Québec, le *Code de procédure civile* a toujours fait une distinction nette entre l'enquête et l'audition et il suffit de relire le titre cinquième du Code coiffant les art. 274 et suivants. Ce titre traite du sujet «administration de la preuve et audition», en anglais «proof and hearing», et l'ensemble des articles démontre que les mots «enquête» et «audition» ne sont pas interchangeables.

De la même façon, l'art. 943 sous le titre «des arbitrages» affirme que «les arbitres doivent entendre les parties et recevoir leur preuve»—«the arbitrators must hear the parties and receive their evidence». A mes yeux, cette distinction classique dans le Québec doit ici recevoir son application.

Un dernier mot. L'appelant a soumis au juge de première instance la proposition suivante: si vraiment l'art. 159 des règlements de la *Loi des hôpitaux* n'obligeait pas le comité exécutif à entendre des témoins, le comité lui-même a de beaucoup élargi la procédure en l'espèce et devant cet élargissement doit aller jusqu'au bout et entendre tous les témoignages qui lui sont proposés. A ce moyen, M. le Juge Mitchell a répondu comme suit:

[TRADUCTION] Du fait que le comité exécutif était allé en quelque sorte plus loin que les exigences de

section 159 required in agreeing to hear petitioner and his representative, and in permitting the production of documents, the conclusion that it committed itself to a quasi-judicial hearing, relying on *re: Otjes & General Supplies Limited* (1964), 49 W.W.R. 488. The Court is unable to accept this decision as sound support for the petitioner's contention. Moreover, the judgment in *Regina vs. Metropolitan Police Commissioner,* [1953] 1 W.L.R. 1150 upon which the Court relied in reaching its decision in the Otjes case is far from supporting its conclusion.

I am in agreement with that conclusion. If, every time an administrative body decided to allow the parties further latitude, it were to be transformed into a quasi-judicial body obliged to do everything implied in the expression "proof and hearing", the temptation would be almost irresistible to give the narrowest possible interpretation to the rights of the parties. The mere mention of such a consequence shows the danger of the proposition.

For all these reasons I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the plaintiff, appellant: Cutler, Langlois & Castiglio, Montreal.*

*Solicitors for the defendants, respondents: McMaster, Meighen, Minnion, Patch & Cordeau, Montreal.*

l'article 159 en acceptant d'entendre le requérant et son représentant et en permettant la production de documents, le requérant veut déduire que le comité s'était engagé à tenir une audition quasi judiciaire, invoquant à ce sujet la décision *re: Otjes & General Supplies Limited* (1964), 49 W.W.R. 488. La Cour est incapable de reconnaître que cette décision constitue un appui valable à la prétention du requérant. D'ailleurs, le jugement rendu dans l'affaire *Regina vs. Metropolitan Police Commissioner,* [1953] 1 W.L.R. 1150, sur lequel la cour s'était appuyée en rendant sa décision dans l'affaire Otjes, est loin d'étayer la conclusion à laquelle elle était arrivée.

Je suis d'accord avec cette conclusion. Si, chaque fois qu'un organisme administratif décidait d'accorder une plus grande latitude aux parties, il devait être transformé en organisme quasi judiciaire lui imposant l'obligation de faire tout ce qu'on entend par l'expression «enquête et audition», ce serait là une tentation presque irrésistible de donner l'interprétation la plus étroite possible aux droits des parties. La simple mention de cette conséquence démontre le danger de cette proposition.

Pour toutes ces raisons, je rejetterais l'appel avec dépens.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureurs du demandeur, appelant: Cutler, Langlois & Castiglio, Montréal.*

*Procureurs des défendeurs, intimés: McMaster, Meighen, Minnion, Patch & Cordeau, Montréal.*

**Benjamin Levy** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Albert Manley** (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

**Albert Manley** (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

**Benjamin Levy, Mark S. Levy, Morris P. Levy, Edward Levy, Esther Mehr, Sophie Rumach, Marlevy Corporation Limited, Benlevy Corporation Limited, Peplevy Corporation Limited and Edlevy Corporation Limited** (*Defendants*) *Respondents.*

1974: April 24, 25; 1974: May 27.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Appeal—Supreme Court of Canada—Concurrent findings of fact—Oral judgment by Court of Appeal—Assessment of weight of concurrent findings in light of oral judgment.*

*Interest—Calculated from date of judgment at trial—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 52—The Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 40.*

The issues were whether Levy, for himself and the Levy family, had contracted with Manley to arrange a contact with a prospective purchaser of the majority interest in Levy Industries Limited with remuneration to be paid to Manley if the purchase was carried out and whether the parties had in the contract, if any existed, fixed the remuneration. The trial judge made strong findings in favour of Manley's version of the transaction but found also that Levy had no authority to bind the others as he purported to do. Damages were awarded against Levy for breach of warranty of authority. The appeal against the judgment at trial was dismissed by the Court of Appeal in an oral judgment and the amount of the judgment increased from $125,000 to $587,000, with costs.

**Benjamin Levy** (*Défendeur*) *Appelant*;

et

**Albert Manley** (*Demandeur*) *Intimé*;

et

**Albert Manley** (*Demandeur*) *Appelant*;

et

**Benjamin Levy, Mark S. Levy, Morris P. Levy, Edward Levy, Esther Mehr, Sophie Rumach, Marlevy Corporation Limited, Benlevy Corporation Limited, Peplevy Corporation Limited et Edlevy Corporation Limited** (*Défendeurs*) *Intimés.*

1974: les 24 et 25 avril; 1974: le 27 mai.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Spence et Pigeon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Appel—Cour suprême du Canada—Conclusions concordantes sur les faits—Jugement oral de la Cour d'appel—Appréciation de la valeur des conclusions concordantes à la lumière du jugement oral.*

*Intérêt—Calculé à compter de la date du jugement de première instance—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 52—The Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, art. 40.*

Les questions en litige étaient de savoir si Levy, pour le compte de la famille Levy (y compris lui-même), a conclu avec Manley un contrat prévoyant que ce dernier les mettrait en relations avec un acheteur éventuel des intérêts majoritaires dans Levy Industries Limited, moyennant rémunération payable à Manley si l'achat se concrétisait, et de savoir si les parties ont fixé la rémunération dans le contrat, s'il y en avait un. Le juge de première instance a tiré de fortes conclusions en faveur de la version que Manley a donnée de l'arrangement mais il a conclu aussi que Levy n'avait aucun pouvoir de lier les autres comme il a prétendu le faire. Des dommages-intérêts ont été adjugés contre Levy pour assertion fautive de la qualité d'agent. L'appel interjeté contre le jugement de première instance a été rejeté par la Cour d'appel dans un jugement oral et le montant de l'indemnité augmenté de $125,000 à $587,000, avec dépens.

The cross-appeal dealt only with the question of interest and whether this should run by virtue of s. 40 of *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228 from the date of judgment at trial; the respondent, Manley, contending that interest should run from January 30, 1969, the date the finder's fee became payable or alternatively from the date on which the action was commenced.

*Held:* The appeal should be dismissed with costs; the cross-appeal as to interest should be dismissed without costs.

The appeal has to be considered in the light of concurrent findings of fact against the appellant, Levy, at trial and on appeal. That the Court of Appeal gave an oral judgment rather than written reasons after a reservation of judgment does not, in the absence either of evident misapprehension by that Court of what the issues were or of some misstatement of the findings of fact, justify the Supreme Court in departing from the normal rule that it will not interfere with concurrent findings of fact in two provincial courts.

In the matter of the cross-appeal interest was not claimed in the writ or statement of claim but was claimed in the notice of appeal to the Court of Appeal. There is no basis for enlarging the period from which interest runs beyond the period prescribed by s. 40 of *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228; on the other hand s. 52 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, does not require this Court to refuse to recognise the prescriptions of s. 40 of *The Judicature Act;* s. 52 is designed to preserve a right to interest not to diminish it.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a judgment of Donohue J. at trial.

CROSS-APPEAL as to interest only. Appeal dismissed with costs; cross-appeal dismissed without costs.

*P. B. C. Pepper, Q.C., R. K. Laishley, Q.C.*, and *D. H. Jack*, for the appellant, Benjamin Levy.

*J. G. Weir, Q.C.*, for the respondent, Albert Manley.

*R. Baker*, for the other respondents.

Le pourvoi incident ne porte que sur l'intérêt et sur la question de savoir si celui-ci doit être calculé selon l'art. 40 du *Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, à compter de la date du jugement de première instance; l'intimé, Manley, prétend que l'intérêt doit courir à compter du 30 janvier 1969, date à laquelle les honoraires de démarcheur sont devenus payables, ou à défaut, à compter de la date d'introduction de l'action.

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté avec dépens; le pourvoi incident relatif à l'intérêt doit être rejeté sans dépens.

Le pourvoi doit être examiné à la lumière des conclusions concordantes sur les faits défavorables à l'appelant Levy en première instance et en appel. Que la Cour d'appel ait rendu un jugement oral plutôt qu'écrit après une mise en délibéré ne permet pas, en l'absence d'une erreur d'appreciation évidente de sa part sur les questions en litige ou de quelque énoncé erroné des conclusions sur les faits, que la Cour suprême s'écarte de la règle habituelle selon laquelle elle ne modifie pas des conclusions concordantes sur les faits de deux cours provinciales.

En ce qui concerne le pourvoi incident, l'intérêt n'a pas été réclamé dans le bref d'assignation ni dans l'exposé de demande mais il a été réclamé dans l'avis d'appel déposé devant la Cour d'appel. Il n'y a pas de motif permettant de prolonger la période à compter de laquelle court l'intérêt au-delà de la période prescrite par l'art. 40 du *Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228; d'autre part l'art. 52 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, n'exige pas de cette Cour qu'elle ne tienne pas compte des prescriptions de l'art. 40 du *Judicature Act*, l'art. 52 ayant pour but de préserver un droit à l'intérêt, non de le diminuer.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant un appel d'un jugement de première instance rendu par le Juge Donohue.

POURVOI INCIDENT quant à l'intérêt seulement. Pourvoi rejeté avec dépens; pourvoi incident rejeté sans dépens.

*P. B. C. Pepper, c.r., R. K. Laishley, c.r.*, et *D. H. Jack*, pour l'appelant, Benjamin Levy.

*J. G. Weir, c.r.*, pour l'intimé Albert Manley.

*R. Baker*, pour les autres intimés.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—In this case, the respondent Manley was the successful plaintiff before Donohue J. and before the Ontario Court of Appeal in an action brought by him against Benjamin Levy, the appellant in this Court, against five members of the Levy family other than the appellant, against four Levy family corporations and against Seaway Multi-Corp. Limited. At the trial, Seaway succeeded in a motion for non-suit and was not further involved in the proceedings either in the Court of Appeal or in this Court. Manley succeeded at trial against the appellant only and, before the Court of Appeal, succeeded in his cross-appeal against the appellant only, his cross-appeal to engage the liability of the other defendants being dismissed. In this Court, Manley as respondent has cross-appealed against the exoneration of these other defendants, seeking to involve them in liability if this Court should decrease the amount of the judgment in his favour against Benjamin Levy decreed in the Court of Appeal, which increased the award of $125,000 by the trial judge to the sum of $587,400. There is also a cross-appeal as to interest, to which I will refer later in these reasons.

No argument of substance was addressed to the Court as to the liability of the defendants other than Benjamin Levy, their retention as parties being merely by way of caution pending the eventual judgment of this Court on the main appeal. I would dismiss the cross-appeal as to them with costs.

The issue in the main appeal falls to be considered in this Court in the light of concurrent findings of fact against the appellant by the trial judge (whose findings involved assessments of credibility) and by the Court of Appeal. I would not draw any distinction as to the strength of those concurrent findings between a case where the Court of Appeal has in reasons following upon a reservation of judgement made as meticulous a canvass of the facts as did the trial

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Dans cette affaire, l'intimé Manley a été le demandeur heureux devant le Juge Donohue et devant la Cour d'appel de l'Ontario, dans une action intentée par lui contre Benjamin Levy, l'appelant en cette Cour, contre cinq autres membres de la famille Levy, contre quatre corporations familiales et contre Seaway Multi-Corp. Limited. Au procès, Seaway a eu gain de cause sur une requête en non-lieu et elle n'a pas été mêlée par la suite aux procédures soit en Cour d'appel soit en cette Cour. En première instance, Manley a obtenu gain de cause contre l'appelant seulement et, devant la Cour d'appel, il a obtenu gain de cause sur son appel incident contre l'appelant seulement, son appel incident visant à engager la responsabilité des autres défendeurs étant rejeté. Devant cette Cour, Manley, à titre d'intimé, a inscrit un pourvoi incident à l'encontre de l'exonération de ces autres défendeurs, cherchant à leur faire partager la responsabilité si cette Cour diminuait le montant de l'arrêt en sa faveur rendu contre Benjamin Levy en Cour d'appel, qui a augmenté à $587,400 l'indemnité de $125,000 accordée par le juge de première instance. Il y a aussi un pourvoi incident à l'égard des intérêts, dont je traiterai plus loin dans les présents motifs.

Aucun argument sérieux n'a été soumis à cette Cour à l'égard de la responsabilité des défendeurs autres que Benjamin Levy, ceux-ci ayant été maintenus en cause comme parties simplement par mesure de précaution dans l'attente du jugement que devait rendre cette Cour sur le pourvoi principal. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident quant à ces défendeurs avec dépens.

La question en litige dans le pourvoi principal doit être examinée en cette Cour à la lumière de conclusions concordantes sur les faits, défavorables à l'appelant, tirées par le juge de première instance (dont les conclusions comportaient des appréciations de crédibilité) et la Cour d'appel. En ce qui concerne la force de ces conclusions concordantes, je ne ferais pas de distinction entre un cas où la Cour d'appel, dans des motifs rédigés après avoir réservé son jugement, passe

judge and a case where, as here, the Court of Appeal has announced its confirmatory decision in an oral judment in which the facts are briefly stated in relation to the findings, there being no evident misapprehension by the appellate Court of what the issues were and no misstatement of the findings of fact.

What was in issue between the appellant and the respondent was (1) whether the appellant had contracted with the respondent on behalf of the Levy family (including himself) to remunerate the respondent for arranging a contract with a propective purchaser of the Levy family's majority interest in a company with diversified interests known as Levy Industries Limited, the remuneration to be payable if a sale and purchase was carried out, and (2) whether the appellant and the respondent had fixed the remuneration in that contract. What is common ground is that the appellant did enter into an arrangement in October, 1968 with the respondent for the latter to act as a "finder" of a purchaser of the Levy shares, a deal which if consummated as it was, would be for a purchase price of a sum between twenty-five and thirty million dollars. The respondent's position was that an agreement had been made with the appellant whereby the Levy group would pay a finder's fee of two per cent of the purchase price of the shares if sold to a purchaser who was put in touch with the Levy group through Manley. It was the appellant's position that his arrangement with Manley was to have the latter act as a "finder" who would obtain his finder's fee from the purchaser with the appellant's assistance and that the fee would be in a reasonable amount, such as $100,000 or thereabouts. At that very time, the Levy group was negotiating with an American corporation for the sale of their shares, and their American finder had agreed to take a fee of $110,000 if a sale and purchase resulted. Manley was able to get Seaway into negotiation with the Levy group through the offices of one Sherman, and in the result a contract of sale for $29,370,000 was entered into on October 26, 1968 and was car-

les faits en revue aussi méticuleusement que le juge de première instance et un cas où, comme ici, la Cour d'appel a annoncé son arrêt confirmatif par un jugement oral dans lequel les faits sont relatés brièvement en fonction des conclusions tirées, aucune erreur d'appréciation évidente par la Cour d'appel au sujet de ce que sont les questions en litige ni aucun énoncé erroné des conclusions sur les faits n'étant présents.

Ce qui était en litige entre l'appelant et l'intimé, c'était (1) de savoir si l'appelant avait, pour le compte de la famille Levy (lui-même compris), conclu un contrat avec l'intimé en vue de rémunérer l'intimé pour leur mise en relations avec un acheteur éventuel des intérêts majoritaires que possédait la famille Levy dans une compagnie aux intérêts diversifiés connue sous le nom de Levy Industries Limited, la rémunération devant être payable si la vente et l'achat se concrétisaient, et (2) de savoir si, dans ce contrat, l'appelant et l'intimé avaient fixé la rémunération. Ce qui est reconnu de part et d'autre, c'est que l'appelant a effectivement conclu avec l'intimé, en octobre 1968, un arrangement selon lequel celui-ci agirait à titre de «démarcheur» pour trouver un acheteur à l'égard des actions Levy, un marché qui, s'il était complété comme il le fut, serait pour un prix d'achat de vingt-cinq à trente millions de dollars. La position de l'intimé était qu'un accord était intervenu avec l'appelant en vertu duquel le groupe Levy paierait des honoraires de démarcheur de deux pour cent du prix d'achat des actions si celles-ci étaient vendues à un acheteur qui avait été mis en relations avec le groupe Levy par l'intermédiaire de Manley. La position de l'appelant était que suivant son arrangement avec Manley ce dernier devait agir à titre «de démarcheur» qui obtiendrait ses honoraires de l'acheteur avec l'aide de l'appelant, les honoraires devant être d'un montant raisonnable, comme $100,000 ou dans les environs. A la même époque, le groupe Levy était en négociation avec une compagnie américaine pour la vente des actions du groupe et le démarcheur américain avait convenu d'accepter des honoraires de $110,000 si ses négociations aboutissaient à l'achat et la vente. Manley a réussi, par

ried out in a closing on January 30, 1969. The price obtained by the Levy group was much more favourable than that for which the American firm had been negotiating.

The trial judge made strong findings in favour of Manley's version of the trasaction but found that the appellant had no authority to bind the Levy group for whom he purported to speak. There was thus a breach of warranty of authority, but the trial judge proceeded to award damages on the basis of deceit on the appellant's part which induced the respondent to forgo an opportunity to bargain with Seaway for a favourable fee. I should say that the trial judge also found that the appellant had got Seaway to agree to pay some part of the finder's fee. Indeed, in the filing statement required by the Toronto Stock Exchange there is a notation of a finder's fee of $100,000 payable to Manley and to Sherman. This, *inter alia*, was relied upon by the appellant in support of his version of the arrangement with Manley.

On the basis of a finding of breach of warranty of authority, the Court of Appeal in supporting that finding felt impelled to assess the damages according to what Manley would have recovered if the appellant had the authority that he represented. This view of the matter, once the findings below were accepted, was not contested and, accordingly, damages were fixed at two per cent of the purchase price, namely $587,400.

In asking this Court to allow the appeal outright, or, at least, to vary the judgment in appeal by restoring the trial judge's award as a *quantum meruit* recovery, the appellant urged the improbability of a transaction of the magnitude put forward by respondent, which was said to have been entered into in the shower room on

l'intermédiaire d'un nommé Sherman, à faire en sorte que Seaway entre en pourparlers avec le groupe Levy et, comme conséquence, un contrat de vente est intervenu le 26 octobre 1968 pour un montant de $29,370,000, contrat auquel on a donné suite par clôture le 30 janvier 1969. Le prix obtenu par le groupe Levy était beaucoup plus favorable que celui que voulait négocier la compagnie américaine.

Le juge de première instance a tiré de fortes conclusions en faveur de la version que Manley a donnée de l'arrangement mais il a conclu que l'appelant n'avait aucun pouvoir de lier le groupe Levy qu'il prétendait représenter. Il y avait donc une assertion fautive de la qualité d'agent, mais le juge de première instance a choisi d'accorder des dommages-intérêts sur la base qu'il y avait eu de la part de l'appelant tromperie induisant l'intimé à laisser passer l'occasion de négocier avec Seaway des honoraires qui lui auraient été avantageux. Je dois dire que le juge de première instance a aussi conclu que l'appelant avait obtenu que Seaway accepte de payer une partie des honoraires de démarcheur. Effectivement, dans la déclaration exigée de la bourse de Toronto, il est fait mention d'honoraires de démarcheur de $100,000 payables à Manley et à Sherman. Ceci, entre autres choses, a été invoqué par l'appelant pour étayer sa version de l'arrangement conclu avec Manley.

Vu qu'il y avait conclusion d'assertion fautive de la qualité d'agent, la Cour d'appel s'est sentie obligée, en souscrivant cette conclusion-là, d'évaluer les dommages selon ce que Manley aurait reçu si l'appelant avait eu le pouvoir qu'il avait dit avoir. Ce point de vue, une fois que les conclusions des cours d'instance inférieure ont été acceptées, n'a pas été contesté et, en conséquence, les dommages-intérêts ont été fixés à deux pour cent du prix d'achat, soit $587,400.

En demandant à cette Cour d'accueillir le pourvoi en sa totalité, ou, au moins, de modifier l'arrêt de la Cour d'appel en rétablissant l'adjudication du juge de première instance à titre de *quantum meruit*, l'appelant a fait valoir l'invraisemblance d'un arrangement de l'ampleur que lui attribue l'intimé, qu'on dit être intervenu

the third floor of a private members' social club to which the parties repaired for a shower and then a talk, without any previous intimation by the appellant to the respondent of the reason for going up to the third floor shower room. There is no scrap of writing to support the arrangement alleged by the respondent, which rested throughout, without corroboration by other testimony, on his version of an oral conversation with the appellant who, in turn, denied the shower room events, although admitting or alleging a different version of the arrangement (as already recited) and on a different and earlier date in October, 1968 than that of October 15 to which the respondent swore.

Although counsel for the appellant in this Court submitted that the trial judge was guilty of a number of errors of law, as, for example, in allegedly allowing the discovery evidence of an officer of Seaway to operate against the appellant (an allegation which, in my view, was not made out), the case involved in essence only a contest for the favourable decision of the trial judge on the credibility of the one or the other of the two parties, Manley and Benjamin Levy. They were represented by competent counsel who left no area of the events to which those parties testified unexamined, and who brought into play (as the nature of the case demanded) every aspect of the conduct and movements of the two parties during the periods in which the events allegedly occurred. There were inconsistencies in the evidence of each, and some of the events on which testimony was given may have stretched credulity; but, in the end, the question at issue was uniquely one for a trial judge before whom the parties and their witnesses appeared, with all their virtues and their blemishes. His reasons canvass the evidence in considerable detail, and no purpose would be served in recounting it here. In coming down squarely in favour of the respondent on what the arrangement was, the trial judge had necessarily to consider the probabilities as part of his

dans la salle de douches du deuxième étage d'un club social privé, où les parties s'étaient rendues pour prendre une douche et ensuite faire la conversation sans qu'aucune allusion antérieure n'eût été faite par l'appelant à l'intimé quant à la raison de monter à la salle de douches du deuxième étage. Il n'y a pas un bout de papier pour étayer l'arrangement allégué par l'intimé, qui a reposé tout au long des procédures, sans corroboration aucune par d'autre témoignage, sur sa version d'une conversation avec l'appelant, qui de son côté nie ce qui se serait dit à la salle de douches bien qu'il reconnaisse ou allègue une version différente de l'arrangement (comme susdit), lequel au surplus serait intervenu d'après lui au cours du mois d'octobre 1968 mais à une date antérieure au 15, jour que l'intimé affirme sous serment être celui de l'arrangement.

Bien que l'avocat de l'appelant en cette Cour prétende que le juge de première instance a commis plusieurs erreurs de droit, alléguant, par exemple, qu'il aurait permis que le témoignage fourni à l'interrogatoire préalable par un fonctionnaire de Seaway joue contre l'appelant (une allégation qui, selon moi, n'a pas été établie), la cause s'est limitée essentiellement à un concours dans lequel on s'est disputé la décision favorable du juge de première instance quant à la crédibilité de l'une ou de l'autre des deux parties, Manley et Benjamin Levy. Ces derniers étaient représentés par des avocats compétents qui n'ont négligé aucune partie des événements dont ceux-là ont témoigné, et qui ont fait entrer en jeu (comme la nature de l'affaire l'exigeait) chacun des aspects du comportement et des déplacements des parties au cours des périodes dans lesquelles les événements se seraient déroulés. Il existe des conflits dans le témoignage de chacun, et quelques uns des faits dont on a témoigné peuvent avoir forcé la crédulité; mais, en définitive, la question à trancher relevait uniquement d'un juge de première instance devant qui les parties et leurs témoins avaient comparu, avec toutes leurs vertus et tous leurs torts. Ses motifs examinent la preuve d'une façon très détaillée et il ne servirait à rien de la relater de nouveau ici. En prenant nettement

function to weigh the evidence and, of course, as part of his function to determine what evidence to accept as a result of hearing and seeing the witnesses.

It cannot be doubted that the record, looked at coldly, as it must be by an appellate Court, could equally support a finding in favour of the appellant. The Court of Appeal did not, however, find in the case any ground for rejecting the trial judge's findings in favour of the respondent on the main issue of the nature of the arrangement. However doubtful I may be whether I would have made the same findings as did the trial judge, I, too, can see no basis in the record for second-guessing him in a situation which called especially for the exercise of judgment which only a trial judge can provide. I would accordingly dismiss the appeal with costs.

There remains the question of interest on which the respondent has cross-appealed. What he has now is a judgment for $587,400 on which interest runs, by virtue of s. 40 of *the Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, from March 20, 1972, the date of judgment at trial. The respondent's contention is that interest should be allowed as from January 30, 1969, the date on which Manley's finder's fee became payable or, alternatively, from February 19, 1969, the date on which action was commenced. The appellant, as respondent on the cross-appeal, urged that interest should be denied or, alternatively, that it should run only from December 22, 1972, being the date on which execution of the judgment as directed by the Ontario Court of Appeal was stayed, this being allegedly in conformity with s. 52 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19.

position en faveur de la version de l'intimé sur ce en quoi l'arrangement consistait, le juge de première instance devait nécessairement considérer les probabilités, un devoir qui faisait partie de la tâche qui était la sienne de peser la preuve et, bien entendu, un devoir qui faisait partie de la tâche qui était la sienne de décider quelle preuve retenir après avoir entendu et vu les témoins.

Il est évident que le dossier, examiné froidement, comme il se doit dans une Cour d'appel, pourrait tout aussi bien étayer une conclusion favorable à l'appelant. La Cour d'appel n'a pas, cependant, trouvé en l'espèce un motif de rejeter les conclusions favorables à l'intimé du juge de première instance sur la question principale de la nature de l'arrangement. Cependant, quelque doute que je puisse avoir sur la question de savoir si j'aurais tiré les mêmes conclusions que celles qu'a tirées le juge de première instance, je ne puis, également, voir dans le dossier quelque chose m'autorisant à reconsidérer son choix dans une situation qui exigeait tout particulièrement le discernement que seul un juge de première instance peut apporter. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Reste à décider la question de l'intérêt, qui fait l'objet du pourvoi incident de l'intimé. Celui-ci a actuellement en sa faveur un jugement pour un montant de $587,400, qui porte intérêt, de par l'art. 40 du *Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, depuis le 20 mars 1972, la date du jugement de première instance. L'intimé prétend que l'intérêt devrait être accordé à compter du 30 janvier 1969, la date à laquelle les honoraires de démarcheur de Manley sont devenus payables ou, à défaut, à compter du 19 février 1969, la date où l'action a été intentée. L'appelant, à titre d'intimé dans le pourvoi incident, prétend que l'intérêt devrait être refusé ou, sinon, n'être payable qu'à compter du 22 décembre 1972, soit la date où l'exécution du jugement prescrit par la Cour d'appel de l'Ontario a été suspendue, ce qui serait, dit-il, conforme à l'art. 52 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19.

It is a fact that interest was not claimed in the writ or in the statement of claim, and a demand therefor was first made in the notice of appeal to the Court of Appeal. I am unable to appreciate how, in such a case as this, there can be any ground for enlarging the period from which interest runs beyond the period prescribed by s. 40 of the Ontario *Judicature Act*. Correlatively, it would be novel indeed to deny interest to the successful plaintiff from the date of the judgment at trial when, in my opinion, there is no disentitling circumstance. The amount of the recovery cannot of itself affect the right to interest under s. 40. I do not read s. 52 of the *Supreme Court Act* as requiring this Court to refuse to recognize the prescriptions of s. 40 of the Ontario *Judicature Act;* it is addressed to an entirely different situation and is designed to preserve a right to interest rather than to diminish it.

I find it unnecessary, in the circumstances present here, to consider the applicability of s. 38 of the Ontario *Judicature Act*. I would dismiss the cross-appeal as to interest without costs.

*Appeal dismissed with costs; Cross-appeal as to interest dismissed without costs.*

*Solicitors for the appellant, Benjamin Levy: Hughes, Laishley, Mullen, Touhey & Sigouin, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent, Albert Manley: Weir & Faulds, Toronto.*

*Solicitors for the other respondents: Rosenfeld, Schwarz, Malcolmson & Milrad, Toronto.*

Il est vrai que l'intérêt n'a pas été réclamé dans le bref d'assignation ou dans la déclaration, et c'est seulement dans l'avis d'appel à la Cour d'appel qu'il fut demandé pour la première fois. Il m'est impossible de voir comment, dans une affaire comme celle-ci, il pourrait y avoir un motif de prolonger la période à compter de laquelle court l'intérêt au-delà de la période prescrite par l'art. 40 du *Judicature Act* de l'Ontario. Corrélativement, ce serait vraiment innover que de refuser au demandeur qui a eu gain de cause l'intérêt à compter de la date du jugement de première instance lorsque, selon moi, il n'y a pas de circonstance le privant de son droit. Le montant obtenu par jugement ne peut en soi porter atteinte au droit à l'intérêt en vertu de l'art. 40. Je n'interprète pas l'art. 52 de la *Loi sur la Cour surpême* comme exigeant de cette Cour qu'elle ne tienne pas compte des dispositions de l'art. 40 du *Judicature Act* de l'Ontario; il vise une situation complètement différente et il a pour but de préserver un droit à l'intérêt plutôt que le diminuer.

Il ne m'apparaît pas nécessaire, dans les circonstances présentes ici, d'examiner l'applicabilité de l'art. 38 du *Judicature Act* de l'Ontario. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident relatif à l'intérêt, sans dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens; pourvoi incident relatif à l'intérêt rejeté sans dépens.*

*Procureurs de l'appelant, Benjamin Levy: Hughes, Laishley, Mullen, Touhey & Sigouin, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé Albert Manley: Weir & Faulds, Toronto.*

*Procureurs des autres intimés: Rosenfeld, Schwarz, Malcolmson & Milrad, Toronto.*

**Soo Mill & Lumber Company Limited** *Appellant*;

and

**The Corporation of the City of Sault Ste-Marie** *Respondent.*

1974: February 15, 18; 1974: May 27.

Present: Laskin C.J. and Judson, Ritchie, Pigeon and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Municipal Corporations — Planning — Zoning By-law—Temporary "holding category"—The Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, ss. 1(h), 35(1), 35(22)—The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, s. 241(2).*

The appellant held eight consecutively numbered lots on a plan of subdivision, which were zoned "residential" under the official plan. The permitted uses for the designation normally would have included triplex dwellings, apartment dwellings and multiple attached dwellings, however, notwithstanding the zoning, the property had not been considered ready for development and the suffix "H" had been added to the zoned designation, the result of which was to place the land in a "holding category". As the property had, by reason of size, nature and location, no practical use save as the site of multiple-family residences the effect of the zoning by-law was to freeze development of the property and to sterilise it in terms of present use. The trial Judge held s. 40 of the by-law was *ultra vires* since it involved a temporary zoning or development freeze for which there was no statutory authority. The Court of Appeal disagreed and held in addition that s. 40 was not prohibitory even though in practical terms it prevented any meaningful use of the land.

*Held*: The appeal should be dismissed with costs.

*Per* Laskin C.J. and Judson, Ritchie and Dickson JJ.: Planning policies reflected in an "official plan" (as defined in s. 1 (*h*)) of the *The Planning Act*, R.S.O. 1970, c 349 and by-laws implementing such plan are to be liberally construed. The appellants' assertion of invalidity on the grounds that the by-law was prohibitory of the use of the land fails because a freeze on development following the precepts of an

**Soo Mill & Lumber Company Limited** *Appelante*;

et

**La Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie** *Intimée.*

1974: les 15 et 18 février; 1974: le 27 mai.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Judson, Ritchie, Pigeon et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Municipalités—Urbanisme—Zonage temporaire—«Catégorie réservée»—The Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349,art. 1 h), 35(1), 35(22)—The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, art. 241(2).*

L'appelante détenait huit lots numérotés consécutivement sur un plan de subdivision, lesquels étaient désignés «résidentiels» au plan officiel. Les utilisations permises pour la désignation auraient normalement compris les habitations de trois logements, les immeubles d'appartements et les habitations multifamiliales jumelées; cependant, nonobstant le zonage, la propriété n'avait pas été considérée prête à être aménagée et le suffixe «H» avait été ajouté à la désignation zonale, ce qui avait pour résultat de placer le terrain dans une «catégorie réservée». Comme la propriété était, en raison de sa dimension, de sa nature et de son emplacement, inutilisable sur le plan pratique sauf comme emplacement de résidences multifamiliales, le règlement de zonage a eu pour effet d'en geler l'aménagement et de la stériliser quant à une utilisation actuelle. Le juge de première instance a statué que l'art. 40 du règlement était *ultra vires* étant donné que cette disposition créait un zonage ou gel temporaire qu'aucun pouvoir statutaire n'autorisait. Le Cour d'appel a différé d'opinion et statué en outre que l'art. 40 n'était pas prohibitif même si, en pratique, il empêchait toute utilisation profitable du terrain.

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

*Le* Juge en chef Laskin et les Juges Judson, Ritchie et Dickson: Les politiques que traduit un «plan officiel» (tel que défini à l'art. 1, al. *h*) du *Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349) doivent recevoir une interprétation large, de même que les règlements d'application. La prétention de l'appelante selon laquelle il y a invalidité pour le motif que le règlement interdit d'utiliser le terrain doit être rejeté parce que le fait de

official plan and an implementing zoning by-law does not offend s. 35(1) of *The Planning Act* when agricultural and related uses and pre-existing uses are permitted. There was no bad faith and it was open to the respondent City in exercise of its discretion to freeze development. It is not legally objectionable that the removal of the land from its "holding category" may have to be prompted by an application for a development conforming to the official plan. The enactment in the by-law of provisions envisaging possible changes does not fetter future legislative discretion either as to continuation, amendment or repeal.

*Per* Pigeon J.: Section 35(22) of *The Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349, indicates an intention to authorize discriminatory prohibition of the use of land, in the exercise of s. 35(1), by providing for relief by way of appeal to the Municipal Board.

[*Sanbay Developments Ltd. v. City of London*, [1975] 1 S.C.R. 485 referred to]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1] allowing an appeal from a judgment of O'Driscoll J. Appeal dismissed with costs.

*G. E. Julian*, and *J. F. Kelleher*, for the appellant.

*R. J. Rolls, Q.C.*, and *L. P. D. Staples*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Judson, Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal is the validity of s.40, as amended, of Zoning By-law 4500 of the City of Sault Ste. Marie, passed on October 21, 1968, in implementation of an Official Plan of even date adopted by the City. This plan, replacing an earlier one, provided, *inter alia*, as follows:

*Zoning By-Law*

The implementing Zoning By-law will translate the intent and policies of The Official Plan into appropriate legal regulations applicable to land and land uses in the entire Planning Area.

[1] [1973] 2 O.R. 110.

geler l'aménagement conformément aux préceptes d'un plan officiel et d'adopter un règlement pour le mettre en œuvre n'enfreint pas le par. (1) de l'art. 35 du *Planning Act* lorsque des utilisations agricoles et connexes ainsi que des utilisations préexistantes sont permises. Il n'y a pas eu mauvaise foi et la municipalité intimée avait discrétion pour geler l'aménagement. On ne peut s'opposer en droit à ce que le retrait du terrain de la «catégorie réservée» doive être provoqué par une demande d'approbation d'un projet d'aménagement conforme au plan officiel. Adopter dans le règlement des dispositions qui envisagent des changements possibles ne restreint pas le pouvoir de légiférer à l'avenir sur la continuation, la modification ou l'abrogation.

*Le* Juge Pigeon: En accordant pour des cas particuliers le droit d'interjeter appel à la commission municipale, le par. 22 de l'art. 35 du *Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349, indique l'intention d'autoriser, dans l'exercice des pouvoirs du par. (1) de l'art. 35, des interdictions discriminatoires dans l'usage du sol.

[Arrêt mentionné: *Sanbay Developments Ltd. c. la Ville de London*, [1975] 1 R.C.S. 485]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1] accueillant un appel d'un jugement du Juge O'Driscoll. Pourvoi rejeté avec dépens.

*G. E. Julian* et *J. F. Kelleher*, pour l'appelante.

*R. J. Rolls, c.r.* et *L. P. D. Staples*, pour l'intimée.

Le jugement du Juge en chef Laskin et des Juges Judson, Ritchie et Dickson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le pourvoi met en cause la validité de l'art. 40, modifié, du Règlement de zonage n° 4500 de la Ville de Sault Ste. Marie, adopté le 21 octobre 1968 pour mettre en œuvre un Plan officiel adopté le même jour par la Ville. Ce plan, qui en remplace un plus ancien, prévoit, entre autres choses, ce qui suit:

*Règlement de zonage*

Le règlement de mise en œuvre traduira l'intention et les politiques du Plan officiel par des règles appropriées qui seront applicables aux terrains et aux utilisations de terrain dans toute la superficie ou région que représente le Plan.

[1] [1973] 2 O.R. 110.

Certain Areas designated for specific land uses on the Official Plan may be zoned otherwise under a "holding Category" in order to delay their development for their designated use until they appear to be ready for such development and until the standards appropriate to the designated use can be satisfied. Under the "holding category" the lands may be zoned for agricultural use, for parks or recreational use, for open space uses, for other temporary uses, for existing uses (preferably with a restriction prohibiting all enlargement) or for their designated use with a suffix "H" to indicate a temporary holding status. Prior to zoning lands under a holding category the municipality shall be satisfied that the use permitted by such zoning will not exert any adverse effect upon any adjacent existing use, will not jeopardize the future development of the land in conformity with the official plan designation and that all services deemed necessary are provided. When Council receives application for a development project which is deemed suitable by Council and which is in accordance with the designation and policies of the official plan, the holding category may be removed from the implementing by-law by an amending by-law without any need for an amendment to the plan.

Certains secteurs désignés pour des utilisations spécifiques de terrain sur le Plan officiel pourront être zonés autrement comme faisant partie d'une catégorie dite «catégorie réservée», et ainsi voir leur aménagement pour utilisation désignée différé jusqu'à ce qu'ils paraissent être prêts pour un tel aménagement et jusqu'à ce que l'on puisse répondre aux normes appropriées à l'utilisation désignée. Sous le régime «catégorie réservée», les terrains peuvent être zonés pour utilisation agricole, de parc ou de loisirs, pour des utilisations d'espace libre, pour d'autres utilisations temporaires, pour des utilisations existantes (de préférence avec une restriction interdisant tout agrandissement) ou pour leur utilisation désignée accompagnée du suffixe «H» pour indiquer la réserve temporaire. Avant de zoner des terrains faisant partie d'une «catégorie réservée», la municipalité devra s'assurer que l'utilisation permise par ce zonage ne portera pas atteinte à d'autres utilisations adjacentes existantes, ne compromettra pas l'aménagement futur du terrain conformément à la désignation du Plan officiel, et s'assurer que tous les services réputés essentiels sont fournis. Lorsque le Conseil reçoit une demande visant un projet d'aménagement que le Conseil juge convenable et conforme à la désignation et aux politiques du Plan officiel, la «catégorie réservée» peut être retranchée du règlement de mise en œuvre au moyen d'un règlement modificateur sans qu'il soit nécessaire de modifier le plan.

Section 40 of the By-law in its original form, so far as relevant, was in these words:

Notwithstanding any other provisions of this by-law, if any zone symbol shown on a zoning map is followed by the suffix "H", while the said zone symbol indicates a proposed future zone designation for the lands in the zone so marked, no person shall use land in such zone or erect or use buildings thereon for any purpose except the following:

.1 Any use being carried on on such land or in a building thereon on the day of the passing of this by-law,
.2 cultivation of land,
.3 production of field crops,
.4 truck, flower and market gardening,
.5 grazing for horses, cattle and sheep,
.6 temporary stand for the sale of farm produce produced on the premises,
.7 home occupation,
.8 accessory use. . . .

L'article 40 du règlement était, dans son libellé initial, rédigé dans les termes suivants, dans la mesure où cela est pertinent:

[TRADUCTION] Nonobstant toutes autres dispositions du présent règlement, si un symbole zonal sur une carte de zonage est suivi du suffixe «-H», tant que ledit symbole zonal indique une désignation zonale future proposée pour les terrains compris dans la zone ainsi marquée, nul ne doit utiliser du terrain dans semblable zone ou y ériger ou utiliser des bâtiments, pour quelque fin que ce soit, si ce n'est pour les fins suivantes:

.1 Toute utilisation en cours dudit terrain ou d'un bâtiment y érigé, le jour de l'adoption du présent règlement,
.2 agriculture,
.3 grande culture,
.4 culture maraîchère et florale, pour le marché
.5 pâturage des chevaux, du bétail ou des moutons,
.6 étal temporaire pour la vente de produits de ferme produits sur place,
.7 occupation domestique,
.8 utilisation accessoire. . . .

By-law 69-133 of June 2, 1969 amended s. 40 by, *inter alia*, deleting the words "while the said zone symbol indicates a proposed future zone designation for the lands in the zone so marked".

Le règlement 69-133 du 2 juin 1969 a modifié l'art. 40 par, entre autres choses, la suppression des mots «tant que ledit symbole zonal indique une désignation zonale future proposée pour les terrains compris dans la zone ainsi marquée».

The appellant corporation is the owner of eight consecutively numbered lots on a plan of subdivision, being vacant land surrounded by multiple family residences to the north, single family residences to the west, a railway right of way to the south and by vacant land owned by the respondent City to the east. The appellant's property is designated "residential" under the Official Plan and is zoned R.M. 10H on Map No. 20 of By-law 4500. Permitted uses under the R.M. 10 category in s. 23 of By-law 4500 include triplex dwelling, apartment dwelling and multiple attached dwelling. Because the appellant's property was not considered ready for development when By-law 4500 was passed, the suffix "H" was added to its zone designation. In the result, the property, which by reason of its size, nature and location had no practical use save as a building site for multiple family residences, was sterilized in respect of any effective use. Admittedly, it could not be used for cultivation or for grazing or for any other of the limited permitted uses set out in s. 40 respecting land in a holding category.

La corporation appelante est propriétaire de huit lots numérotés consécutivement sur un plan de subdivision; ils constituent un terrain vacant entouré de résidences multifamiliales au nord, de résidences unifamiliales à l'ouest, d'une emprise de chemin de fer au sud et d'un terrain appartenant à la Ville intimée à l'est. La propriété de l'appelante est désignée «résidentielle» au Plan officiel et elle est zonée R.M. 10H sur la carte n° 20 du règlement 4500. Les utilisations permises dans la catégorie R.M. 10 à l'art. 23 du règlement 4500 comprennent les habitations de trois logements, les immeubles d'appartements et les habitations multifamiliales jumelées. Parce que la propriété de l'appelante n'était pas considérée prête à aménager lorsque fut adopté le règlement 4500, le suffixe «H» fut ajouté à sa désignation zonale. En conséquence, la propriété, qui en raison de sa dimension, de sa nature et de son emplacement était inutilisable sur le plan pratique sauf comme terrain à bâtir pour des résidences multifamiliales, est devenue stérile relativement à toute utilisation effective. De l'aveu général, elle ne peut servir à la culture ou aux pâturages ni à aucune des quelques utilisations permises énumérées à l'art. 40 à l'égard des terrains compris dans une «catégorie réservée».

An action challenging the validity of s. 40, as being beyond the respondent City's powers under what is now s. 35 of *The Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349, was tried by O'Driscoll J. who concluded that the challenged provision created a temporary zoning or freeze for which there was no statutory authority. He came to this decision on a consideration of s. 40 in its original form, the amendement by By-law 69-133 not having been proved at the trial. However, when it was drawn to his attention by the City, he refused to change or vary his decision. He did not pass upon the question, argued

Une action contestant la validité de l'art. 40, parce qu'il outrepassait les pouvoirs de la Ville en vertu de ce qui est maintenant l'art. 35 du *Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349, a eu son aboutissement devant M. le Juge O'Driscoll qui a conclu que la disposition contestée crée un zonage ou gel temporaire qu'aucun pouvoir statutaire n'autorise. Il est arrivé à cette décision après étude de l'art. 40 dans son libellé initial, la modification apportée par le règlement 69-133 n'ayant pas été prouvée lors du procès. Toutefois, quand la Ville l'a portée à son attention, il a refusé de changer sa décision ou de la modifier.

strongly in this Court and which was considered by the Ontario Court of Appeal, namely, that s. 40 was invalid as in effect prohibitory and hence offensive to s. 35 (1) of *The Planning Act* which authorizes the passing of by-laws "for prohibiting the use of land, for or except for such purposes as may be set out in the by-law".

Il ne s'est pas prononcé sur la question, plaidée avec vigueur en cette Cour et que la Cour d'appel de l'Ontario a examinée, savoir, que l'art. 40 est nul parce qu'il est prohibitif dans son résultat et partant contraire au par. (1) de l'art. 35 du *Planning Act* qui permet d'adopter des règlements [TRADUCTION] «en vue d'interdire l'utilisation de terrains pour, ou excepté pour, les fins qui peuvent être énumérées dans le règlement».

The Ontario Court of Appeal, in reasons delivered by Jessup J. A., rejected the ground upon which O'Driscoll J. proceeded and held, in addition, that s. 40 was not prohibitory even though the practical effect upon the appellant was to foreclose any meaningful use of its land. The learned judge in the Court of Appeal met the submission of unreasonableness (flowing from the sterilization of practical use) by invoking s. 241(2) of *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284 (which forbids Courts to invalidate by-laws passed under that Act on the ground of unreasonableness) and adapting it by way of judicial policy to planning or zoning by-laws.

La Cour d'appel de l'Ontario, dans des motifs rédigés par M. le Juge Jessup, a rejeté le motif sur lequel M. le Juge O'Driscoll s'était fondé et a conclu, en outre, que l'art. 40 n'était pas prohibitif même s'il avait comme conséquence pratique pour l'appelante de l'empêcher d'utiliser profitablement son terrain. Le savant juge de la Cour d'appel a répondu à l'allégation de caractère déraisonnable (née de la stérilisation de toute utilisation pratique) en invoquant le par. (2) de l'art. 241 du *Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284 (qui interdit aux tribunaux de déclarer nuls pour motifs de caractère déraisonnable des règlements adoptés en vertu de cette loi-là) et en l'adaptant par voie de ligne de conduite judiciaire aux règlements d'urbanisme et de zonage.

In this Court, the appellant pressed three points: first, that s. 40 amounted to a prohibition of land use and, in that light, was discriminatory against the appellant; second, that since it envisaged its ultimate repeal as provided by the Official Plan, it necessarily involved a commitment by the respondent to remove the suffix "H" and it was beyond the powers of a municipal council to bind itself to such future action; and, third, s. 40 amounted to zoning by permit rather than through a by-law setting out permitted uses as required by s. 35(1) of *The Planning Act*. Before dealing with these submissions, it is germane to point out that all three are related attacks upon zoning schemes which look to controlled development and resort to holding categories as a method of maintaining orderly growth through retention of power to tighten or relax, as social and economic circumstances indicate, the overall programme of development

En cette Cour, l'appelante a soulevé trois points: premièrement, que l'art. 40 équivaut à une interdiction d'utiliser le terrain et, vu sous ce jour, est discriminatoire à l'égard de l'appelante; deuxièmement, que puisqu'il envisage son abrogation ultime comme le prévoit le Plan, il comporte nécessairement pour l'intimée l'engagement d'enlever le suffixe «H» et outrepasse les pouvoirs d'un conseil municipal de s'engager ainsi pour l'avenir; et, troisièmement, que l'art. 40 équivaut à un zonage par permis plutôt qu'au moyen d'un règlement qui énonce des utilisations permises comme l'exige le par. (1) de l'art. 35 du *Planning Act*. Avant de traiter de ces prétentions, il convient de signaler qu'elles sont toutes les trois des attaques reliées portées à l'encontre des programmes de zonage qui sont orientés vers l'aménagement contrôlé et qui ont recours à des «catégories réservées» comme moyen de maintenir une croissance ordonnée

portrayed in an Official Plan. The legal question whether such schemes comport with the words of *The Planning Act*, and especially with the straightforward words in s. 35, has given rise to a range of attacks upon them, such as those exhibited in this case and in the recent decision of this Court in *Sanbay Developments Ltd. v. City of London*[2].

I do not call upon any special or novel principle of interpretation in approaching *The Planning Act* from the viewpoint of giving effect to its purpose. Although the Act contains no directory preamble, the definition of "official plan" in s. 1(*h*) and the elaborate system of approvals and checks which are associated with the adoption of an Offical Plan, indicate to me that planning policies reflected in such a Plan should be liberally construed as (in the words of s. 1 (*h*)) "designed to secure the health, safety, convenience or welfare of the inhabitants of the area" in which the Plan operates. Implementing by-laws (which by s. 19 of the Act must be in conformity with the purposes of the Plan) are hence integrated with it and deserve similar liberal consideration.

The first and the third submissions of the appellant are related in their thrusts because they depend on conclusions that there are, for all practical purposes, no permitted uses, that this is impermissible, and that in such circumstances the holding category amounts to a discrimination against the appellant, leaving it in the position of seeking approval of a development on an individual basis. The fact is, as counsel for the respondent contended, that the removal of the suffix "H", as contemplated by the Official Plan, would leave the property zoned R.M. 10, and appellant would then be in the position of being able to proceed with a development under that category without the requirement of any further permit respecting

[2] [1975] 1 S.C.R. 485.

par la rétention du pouvoir de resserrer ou de relâcher, selon que les circonstances sociales et économiques l'indiquent, l'ensemble du programme d'aménagement que reflète un Plan officiel. La question juridique de savoir si de tels programmes s'accordent avec les termes du *Planning Act*, et particulièrement avec les termes sans détours de l'art. 35, a donné lieu à une gamme d'attaques contre eux, comme le font voir la présente cause et la récente décision de cette Cour dans l'affaire *Sanbay Developments Ltd. c. la Ville de London*[2].

Je ne fais appel à aucun principe spécial ou nouveau d'interprétation en abordant le *Planning Act* du point de vue de la mise à exécution de son objet. Bien que cette loi ne contienne pas de préambule, la définition de «plan officiel» à l'al. *h*) de l'art. 1 et le système compliqué des approbations et vérifications reliées à l'adoption d'un Plan officiel, m'indiquent que les politiques que traduit ce Plan doivent être interprétées largement comme (aux termes de l'al. *h*) de l'art. 1) [TRADUCTION] «conçues pour assurer la santé, la sécurité, le confort ou le bien-être des habitants de l'étendue» à laquelle le Plan s'applique. Les règlements de mise en œuvre (qui selon l'art. 19 de la loi doivent être conformes aux objets du Plan) sont par conséquent intégrés à ce Plan et méritent la même interprétation large.

La première et la troisième prétentions de l'appelante sont liées par leurs portées parce que, pour qu'elles puissent être admises, il faut conclure qu'il n'y a, à toutes fins pratiques, pas d'utilisations permises, que cela ne peut pas être, et que dans ces conditions la «catégorie réservée» équivaut à une discrimination contre l'appelante, la laissant dans une situation où elle doit demander l'approbation d'un projet d'aménagement sur une base individuelle. Le fait est, comme l'avocat de l'intimée l'a fait valoir, que le retrait du suffixe «H», comme prévu au Plan officiel, laisserait la propriété zonée R.M. 10, et l'appelante serait alors en position de pouvoir entreprendre un projet d'aménagement sous le régime de cette catégorie sans avoir à obtenir

[2] [1975] 1 R.C.S. 485.

land use. I do not regard it as legally objectionable that the removal of the suffix may have to be prompted by an application for a development project conforming to the Official Plan. This is an obvious method of development control and cannot in itself be regarded as offensive to *The Planning Act*. In this respect, s. 40 of the by-law challenged in the present case offers less of a target of attack than did the by-law provision unsuccessfully challenged in the *Sanbay* case.

On the main point whether there was in this case a prohibition, either total or practically so, of the use of the appellant's land, in violation of s. 35(1) of *The Planning Act* and amounting to discrimination against the appellant, I am of the opinion that the appellant's assertion of invalidity should be rejected. Its submission amounts to a contention that unless the holding category permitted a development use there would be both a transgression of s. 35(1) and an unlawful discrimination in respect of its land. The fact of a freeze on development, in accordance with the precepts of the Official Plan as implemented by the zoning by-law, does not amount to a violation of s. 35(1) when agricultural and related uses (and pre-existing uses) are permitted. Nor can the appellant complain of discrimination merely because the result of the freeze is to sterilize its land in respect of development when this has been done in the context of an overall Official Plan and a general zoning by-law in furtherance thereof. There was no suggestion of bad faith on the part of the respondent in bringing the appellant's land within the holding category. That was a discretion which was reposed in the municipality under the zoning scheme.

The second point of attack by the appellant was, in effect, a reformulation of the temporary zoning objection which found favour with O'Driscoll J. It was contended that just as it

d'autre permission à l'égard de l'utilisation du terrain. Je n'estime pas juridiquement inacceptable que le retrait du suffixe doive être provoqué par une demande d'approbation d'un projet d'aménagement conforme au Plan officiel, Il s'agit là évidemment d'une méthode de contrôle d'aménagement, qui ne peut, en soi, être considérée comme allant à l'encontre du *Planning Act*. A cet égard, l'art. 40 du règlement contesté en la présente espèce offre moins de prise à la contestation que ne le faisait la dispositon de règlement qui fut contestée sans succès dans l'affaire *Sanbay*.

Sur le point principal de savoir s'il y a dans la présente cause une prohibition totale ou pratiquement totale d'utiliser le terrain de l'appelante qui va à l'encontre du par. (1) de l'art. 35 du *Planning Act* et équivaut à de la discrimination envers l'appelante, je suis d'avis que la prétention de nullité avancée par l'appelante doit être rejetée. Son argument revient à dire que, à moins que la «catégorie réservée» ne permette une utilisation d'aménagement, il y aurait à la fois une transgression du par. (1) de l'art. 35 et une discrimination illégale à l'égard de son terrain. Le fait de geler l'aménagement, conformément aux préceptes du Plan officiel mis à exécution par le règlement de zonage, n'équivaut pas à une violation du par. (1) de l'art. 35 lorsque des utilisations agricoles et connexes (et des utilisations préexistantes) sont permises. L'appelante ne peut pas non plus se plaindre de discrimination simplement parce que la conséquence du gel est la stérilité de son terrain du point de vue aménagement, lorsque cela intervient dans le contexte d'un Plan d'ensemble officiel et d'un règlement général de zonage adopté pour le mettre en œuvre. Il n'y a pas eu d'allégation de mauvaise foi de la part de l'intimée lorsqu'elle a mis le terrain de l'appelante dans la «catégorie réservée». La municipalité avait discrétion pour ce faire en vertu du plan de zonage.

Le second point soulevé par l'appelante est, en somme, une nouvelle formulation de l'objection au zonage temporaire qui a été retenue par M. le Juge O'Driscoll. On prétend que tout

would be invalid for a municipality to make a by-law irrevocable (unless, of course, authorized by provincial legislation), so it is invalid to compel revocation or repeal in the future, which is what is contemplated in respect of s. 40. I think the analogy is self-defeating. The power to enact is equally the power to repeal; and the fact that a by-law contains within its terms provisions that envisage possible changes therein by the enacting authority (subject to other required approvals) does not mean that one municipal council has withdrawn discretion from a successor either as to the continuation of the by-law or as to its amendment at a particular time. There is simply a declared policy which is left to the administration of the municipal council in office at a particular time. The distinction between temporary and other by-laws (save as a by-law may expire by a built-in provision for its expiration) is without legal significance.

I would dismiss the appeal with costs.

PIGEON J.—I would hesitate to agree with the Chief Justice's construction of s. 35(1) of *The Planning Act* if s. 35(22) did not clearly indicate the intention of the Legislature to authorize discriminatory prohibition of the use of land, by making provision for relief in individual cases through the intervention of the Municipal Board on appeal by the owner of the land.

Subject to this observation, I agree with the Chief Justice.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Faskin & Calvin, Toronto.*

comme une municipalité ne pourrait validement rendre un règlement irrévocable (à moins, évidemment, qu'une loi provinciale le permette), de même on ne peut validement l'obliger à la révocation ou à l'abrogation dans l'avenir, ce qu'envisage l'art. 40. Je pense que l'analogie se détruit elle-même. Le pouvoir d'édicter est également le pouvoir d'abroger; et le fait qu'un règlement contient des dispositions qui envisagent des modifications possibles dudit règlement par l'autorité qui l'a édicté (sous réserve d'autres approbations requises) ne signifie pas qu'un conseil municipal a retiré à ses successeurs le pouvoir de faire durer le règlement ou de le modifier à une certaine époque. Il n'y a là qu'une politique déclarée qui est laissée à l'administration du conseil municipal en place à une époque particulière. La distinction entre un règlement temporaire et d'autres règlements (sauf pour différencier les règlements qui prennent fin à cause d'une disposition y contenue qui en prévoit l'expiration) est sans portée juridique.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

LE JUGE PIGEON—J'hésiterais à souscrire à l'interprétation donnée par M. le Juge en chef au par. (1) de l'art. 35 du *Planning Act* si le par. (22) du même article 35 n'indiquait pas clairement l'intention de la législature d'autoriser des interdictions discriminatoires dans l'usage du sol en accordant à chaque propriétaire de terrain le droit d'interjeter appel à la commission municipale de l'Ontario dans son cas particulier.

Sous réserve de cette observation, je suis d'accord avec M. le Juge en chef.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Faskin & Calvin, Toronto.*

**Her Majesty the Queen in right of the Province of Nova Scotia** *Appellant*;

and

**Pow Investments Limited** *Respondent.*

1973: November 26; 1974: April 29.

Present: Abbott, Ritchie, Spence, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Expropriation—Compensation—Development value for probable development—Highest and best use—Present value for future development.*

On November 20, 1969, appellant expropriated for a housing development a 900 acre area at Spryfield in the County of Halifax of which respondent was owner of 428 acres. The 428 acres were entirely within the Halifax metropolitan area and 60 of the 428 acres were within City limits. The land was reasonably level medium density wood and bush land with some outcrops in the easterly part and had been acquired by the respondent for housing development by six stages over a 20 year period. The highest and best use for the 428 acres was for present and future residential development. The arbitrator fixed the market value of this land at $210,000 and awarded respondent $8,224.17 as special damages. The Appeal Division rejecting, as did the arbitrator, the cost development method of valuation fixed the market value of the land at $345,400 and affirmed the special damages.

*Held*: The appeal and the cross-appeal should be dismissed with costs.

It is not appropriate to characterize even "rear land" of which the highest and best use is residential development for an expanding City as "wilderness land". Where the entire land is capable of development it should be valued not as wilderness land but with regard to its present value for future development; its present value and potential for building purposes in the future must be ascertained.

*Winnipeg Supply & Fuel Co. Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1966] S.C.R. 336;

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse** *Appelante;*

et

**Pow Investments Limited** *Intimée.*

1973: le 26 novembre; 1974: le 29 avril.

Présents: Les Juges Abbott, Ritchie, Spence, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Expropriation—Indemnité—Valeur d'aménagement pour aménagement probable—Usage le plus rénumérateur et le plus rationnel—Valeur actuelle des potentialités d'aménagement.*

Le 20 novembre 1969, l'appelante a exproprié, en vue d'un projet de construction domiciliaire à Spryfield dans le comté de Halifax, 900 acres dont 428 acres étaient la propriété de l'intimée. Les 428 acres étaient entièrement situées à l'intérieur des limites du Grand-Halifax et 60 de ces 428 acres étaient à l'intérieur des limites de la ville. Le terrain était assez plat et formait un boisé de densité moyenne composé d'arbres et d'arbustes; il avait été acquis par l'intimée pour fins de construction domiciliaire en six étapes sur une période de 20 ans. L'usage le plus rénumérateur et le plus rationnel des 428 acres, tant pour le présent que pour l'avenir, était la construction domiciliaire. L'arbitre a fixé la valeur marchande du terrain à $210,000 et a accordé à l'intimée $8,224.17 à titre de dommages-intérêts spéciaux. La Division d'appel rejetant, comme l'avait fait l'arbitre, la méthode d'évaluation selon le coût d'aménagement, a fixé la valeur marchande du terrain à $345,400 et a confirmé les dommages-intérêts spéciaux.

*Arrêt:* Le pourvoi et le pourvoi incident doivent être rejetés avec dépens.

Il n'est pas juste de désigner comme «des terres sauvages» même les «terrains à l'arrière» du bien-fonds dont l'usage le plus rénumérateur et le plus rationnel est la construction domiciliaire dans une ville en expansion. Quand l'ensemble des terrains est susceptible d'aménagement, une partie de ceux-ci ne doit pas être évaluée comme des «terres sauvages» mais plutôt suivant la valeur actuelle de ses potentialités d'aménagement; sa valeur actuelle pour fins de construction future doit aussi être prise en considération.

Arrêts mentionnés: *Winnipeg Supply & Fuel Co. Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Win-*

*University of Toronto v. Zeta Psi Elders Association of Toronto*, [1969] S.C.R. 443; *R. v. Eastern Trust Co.*, [1945] Ex. C.R. 115, referred to.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division[1], varying an award of compensation of Dubinsky J.[2] sitting as an arbitrator under *The Expropriation Act*, R.S.N.S. 1967, c. 96. Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

*I. Palmeter, Q.C.*, and *W. Strug*, for the appellant.

*H. F. Jackson, Q.C.*, and *D. H. Reardon*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia varying an award of compensation made by Dubinsky J., sitting as an Arbitrator under the provisions of *The Expropriation Act*, R.S.N.S. 1967, c. 96, in respect of 428 acres belonging to the respondent which was situate at Spryfield in the County of Halifax and which had been expropriated by the Province on November 20, 1969 for a housing development. Mr. Justice Dubinsky fixed the market value of this land at $210,000 and awarded the respondent $8,224.17 in addition as special damages. The Appeal Division would have valued the lands at $345,400 and affirmed the Arbitrator's award for special damages.

The lands which are the subject of this appeal form part of a 900-acre area in Spryfield, all of which was expropriated by the Province on the same day. It is of primary importance in valuing these lands to note that the respondent's 428 acres is entirely situate within the boundaries of the metropolitan area of Halifax while 60 acres thereof is actually within the City limits. The

[1] (1973), 5 N.S.R. (2d) 121.
[2] (1971), 4 N.S.R. (2d) 84 and 386.

*nipeg*, [1966] R.C.S. 336; *University of Toronto c. Zeta Psi Elders Association of Toronto*, [1969] R.C.S. 443; *R. c. Eastern Trust Co.*, [1945] R.C.É. 115.

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse[1] modifiant une sentence du Juge Dubinsky[2], agissant à titre d'arbitre en vertu du *Expropriation Act*, R.S.N.S. 1967, c. 96. Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

*I. Palmeter, c.r.*, et *W. Strug*, pour l'appelante.

*H. F. Jackson, c.r.*, et *D. H. Reardon*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse modifiant une sentence dans laquelle le Juge Dubinsky, agissant à titre d'arbitre en vertu de l'*Expropriation Act*, R.S.N.S. 1967, c. 96, a fixé l'indemnité à payer pour 428 acres de terrain dont l'intimée était propriétaire et qui, situées à Spryfield dans le comté de Halifax, ont été expropriées par la Province le 20 novembre 1969 pour fins d'aménagement d'un projet de construction domiciliaire. L'honorable Juge Dubinsky a fixé la valeur marchande du terrain à $210,000 et a accordé à l'intimée une somme additionnelle de $8,224.17 à titre de dommages-intérêts spéciaux. La Division d'appel aurait évalué le terrain à $345,400 et confirmé la décision de l'arbitre quant aux dommages-intérêts spéciaux.

Les biens-fonds qui font l'objet du pourvoi font partie, à Spryfield, d'une étendue de 900 acres qui a été expropriée en entier par la Province le même jour. Il est d'importance primordiale dans l'évaluation de ces terrains, de considérer que les 428 acres dont l'intimée était propriétaire sont situées entièrement à l'intérieur des limites du Grand-Halifax et que 60 de

[1] (1973), 5 N.S.R. (2d) 121.
[2] (1971), 4 N.S.R. (2d) 84 et 386.

following findings by the learned Arbitrator are accepted by both parties:

(a) The land is reasonably level with a medium density covering of mixed hardwood, softwood, and bush land, and with granite bedrock outcroppings occurring in the extreme easterly section.

(b) The respondent had acquired the property for the purpose of developing it for housing, and planned a six stage development program over a 20-year period which would provide 1324 single dwellings and 1056 multiple dwellings, together with schools, parks, roads, a shopping centre, service station and the other amenities of suburban living.

(c) The highest and best use for the lands is for present and future residential development.

The learned Arbitrator and the Appeal Division have found that the main approach to the subject land is via a road maintained by the City of Halifax, that access would not be an obstacle to its development and that there are other housing subdivisions adjoining or near the eastern and northern boundaries of the property.

Much of the evidence adduced before the Arbitrator was related to the manner in which the respondent acquired the property, the amount paid for it, and offers which were alleged to have been made to sell it prior to the expropriation.

The circumstances surrounding the respondent's acquisition of the subject lands are described by Mr. Justice Cooper on behalf of the Appeal Division as follows:

In February, 1969, title to the property was held in four undivided interests. By agreement dated February 12, 1969, the owners of two of the interests agreed to sell to Mr. John Risley for the sum of $64,800. The other two undivided interests had become vested in Hilden Developments Limited subject to a first and a second mortgage. The second

ces acres se trouvent être à l'intérieur des limites de la ville. Les conclusions suivantes du savant arbitre sont acceptées par les deux parties:

(a) Le terrain est assez plat et forme un boisé de densité moyenne composé d'un mélange de bois dur, de bois mou et d'arbustes, et dans la partie située à l'extrémité est des rochers de granite affleurent à la surface.

(b) L'intimée avait acquis le terrain pour fins de construction domiciliaire, et avait préparé un plan d'aménagement en six étapes sur une période de 20 ans, qui prévoyait la construction de 1324 habitations unifamiliales et 1056 immeubles à logements multiples, le tout avec écoles, parcs, rues, centre commercial, station-service et autres commodités de la vie de banlieue.

(c) L'usage le plus rénumérateur et le plus rationnel des terrains, tant pour le présent que pour l'avenir, est la construction domiciliaire.

Le savant arbitre et la Division d'appel ont considéré que la voie principale conduisant au bien-fonds exproprié est un chemin entretenu par la Ville d'Halifax, que la question d'accès ne serait pas un obstacle à son aménagement et qu'il existe d'autres lotissements domiciliaires adjacents aux limites est et nord de la propriété ou près de ces limites.

La majeure partie de la preuve présentée devant l'arbitre traite de la façon dont l'intimée avait acquis la propriété, du prix qu'elle l'avait payée, et des offres de vente qui auraient été faites avant l'expropriation.

Les circonstances dans lesquelles l'intimée a fait l'acquisition des biens-fonds expropriés sont décrites par l'honorable Juge Cooper, au nom de la Cour d'appel, comme suit:

[TRADUCTION] Au mois de février 1969, quatre personnes détenaient la propriété indivise du bien-fonds. A la suite d'un contrat, en date du 12 février 1969, deux des indivisaires acceptèrent de vendre leurs parts à M. John Risley pour la somme de $64,800. Les deux autres parts indivises étaient devenues la propriété de Hilden Developments Limited

mortgagee brought foreclosure proceedings. The Sheriff's sale pursuant to those proceedings was held on February 25, 1969. Mr. Gary Hurst attended the sale as Mr. Risley's solicitor. His bid of $42,500 was the highest and a deposit was paid to the Sheriff thus putting Mr. Risley in the position where he could acquire the Hilden interests so that in due course he would have full title to the property.

The appellant was incorporated on April 2, 1969, for the purpose of developing the property. Mr. Hurst became its president and Mr. Risley one of its shareholders. The appellant acquired the property in May, 1969, by, as I understood it, stepping into Risley's shoes. It paid the $64,800 under the February 12, 1969 agreement and paid the $42,500 and obtained a Sheriff's Deed. Mr. Hurst gave the total purchase price to the appellant as $116,168 made up of the two amounts I have mentioned and 'the first mortgage amounting to $8,686,' although it may be noted that the sum of the three figures is $115,986.

The efforts made by Mr. Hurst and his associates to sell the property in the spring of 1969 and the offers made by them at that time were rightly disregarded by the learned Arbitrator, and the further offer made on behalf of the respondent in October 1969 to sell these lands to the Nova Scotia Housing Commission for $800 per acre, was also, in my view, properly left out of account by the Arbitrator as it was made at a time when Mr. Hurst was in a financial dilemma and was in the nature of a preliminary to what would have amounted to a forced sale if it had been accepted.

The issues arising in this appeal centre almost entirely around the evidence of the expert appraisers. Dubinsky J. heard evidence from four appraisers and in his reasons for judgment thoroughly and carefully assessed the weight which should be given the evidence of each.

The appellant's three appraisers, Speed, Stiebritz and Stailing, and the respondent's witness,

mais étaient grevées d'une première et d'une deuxième hypothèque. Le deuxième créancier hypothécaire a engagé des procédures en forclusion. La vente par le shérif à la suite de ces procédures a eu lieu le 25 février 1969. M. Gary Hurst était présent à la vente à titre de procureur de M. Risley. Son enchère de $42,500 était la plus élevée et un dépôt fut remis au shérif de sorte que M. Risley fut placé dans une situation lui permettant d'acquérir les droits de Hilden de façon à devenir en temps opportun le détenteur de la pleine propriété du bien-fonds.

L'appelante fut constituée en corporation le 2 avril 1969, dans le but d'aménager la propriété. M. Hurst devint président de la compagnie et M. Risley un de ses actionnaires. L'appelante a acquis la propriété au mois de mai 1969, en exerçant, comme je le comprends, les droits de M. Risley. Elle versa la somme de $64,800 due en vertu du contrat daté du 12 février 1969, versa la somme de $42,500 promise lors de la vente aux enchères, et obtint un certificat d'adjudication du shérif. M. Hurst a déclaré que le prix d'achat payé par l'appelante avait été de $116,168, soit les deux montants que j'ai déjà mentionnés et «le montant de la première hypothèque qui était de $8,686,»; notons que, si l'on fait l'addition de ces trois sommes, le total est de $115,986.

C'est à juste titre que le savant arbitre n'a pas tenu compte des efforts faits par M. Hurst et ses associés pour vendre la propriété au printemps de 1969, et des offres qu'ils ont faites à l'époque, et l'offre subséquente faite au nom de l'intimée, au mois d'octobre 1969, de vendre ces biens-fonds à la Nova Scotia Housing Commission pour la somme de $800 l'acre, a été aussi, à mon avis, laissée de côté avec raison par l'arbitre, parce qu'elle a été faite à une époque où M. Hurst était en difficulté financière et qu'elle était assimilable à une préliminaire de ce qui aurait été ni plus ni moins qu'une vente forcée si elle avait été acceptée.

Les questions en litige dans ce pourvoi sont presque uniquement fondées sur la preuve des évaluateurs experts. Le Juge Dubinsky a entendu les témoignages de quatre évaluateurs et dans ses motifs de jugement il étudie soigneusement et attentivement le poids qu'il convient de donner à chacun.

Les trois évaluateurs de l'appelante, Speed, Stiebritz et Stailing, et le témoin de l'intimée,

King, placed the following value on the expropriated property:

| | |
|---|---|
| Speed: | $205,400 |
| Stiebritz: | $234,000 to $256,000 |
| Stailing: | $214,000 |
| King: | $727,099, assuming favourable zoning could be achieved, |
| | $643,021 on the basis of existing zoning and $313,130 on the basis that only single family dwellings could be erected on the land. |

Neither the Arbitrator nor the Appeal Division accepted the figures of Mr. King or the method which he employed in arriving at them. He had considered the cost development approach to be more appropriate than the market data valuation approach and would accordingly have valued the lands as if they had been already developed, which was far from the case.

Mr. Justice Dubinsky based his decision largely on the evidence of Speed, the appellant's first appraiser. Speed divided the subject land into two parcels—the "front lands" with access from Rockingstone Road, approximately 55.5 acres, which he valued at $1,000 per acre for $55,000, and the "rear lands", consisting of some 358 acres which he valued at $400 per acre for $143,200. This made a total value by Speed of $198,700, based on an area of 413.5 acres, but when asked for a valuation of the agreed area of 428 acres, he gave the figure of $205,400 to which I have already referred. Mr. Justice Dubinsky and the Appeal Division accepted Mr. Speed's approach in dividing the land for valuation purposes as he had done into two parcels and they also accepted his conclusion that the highest and best use of the land was for present and future residential development.

In reaching his estimates as to the value to be placed on the "front land" Mr. Speed con-

King, ont donné les valeurs suivantes à la propriété expropriée:

| | |
|---|---|
| Speed: | $205,400 |
| Stiebritz: | $234,000 à $256,000 |
| Stailing: | $214,000 |
| King: | $727,099, dans l'hypothèse que des règlements de zonage plus favorables soient adoptés, |
| | $643,021 en se fondant sur les règlements de zonage actuels et $313,130 dans l'hypothèse que seules des habitations unifamiliales puissent être construites sur le terrain. |

Ni l'arbitre, ni la Division d'appel n'ont accepté les chiffres de M. King et la méthode qu'il a employée pour y arriver. Il a considéré la méthode d'évaluation selon le coût d'aménagement comme plus appropriée que la méthode d'évaluation selon les données du marché et par conséquent il aurait évalué les biens-fonds comme s'ils avaient été aménagés, ce qui était loin de la situation existante.

M. le Juge Dubinsky a fondé sa décision surtout sur le témoignage de Speed, le premier évaluateur de l'appelante. Speed a divisé le bien-fonds exproprié en deux parcelles—les «terrains à l'avant», auxquels on a accès par le chemin Rockingstone et qui sont d'une superficie approximative de 55.5 acres, qu'il a évaluées à $1,000 l'acre pour un total de $55,000, et les «terrains à l'arrière», comprenant quelque 358 acres qu'il a évaluées à $400 l'acre pour un total de $143,200. L'évaluation totale faite par Speed est donc de $198,700, pour une superficie de 413.5 acres, mais lorsqu'on lui a demandé l'évaluation de la superficie convenue de 428 acres, il a mentionné le chiffre de $205,400, que j'ai déjà cité. L'honorable Juge Dubinsky et la Division d'appel ont accepté la méthode de M. Speed de diviser le terrain en deux parcelles pour fins d'évaluation, comme il avait fait, et ils ont aussi accepté ses conclusions que l'usage le plus rémunérateur et le plus rationnel de ce terrain était, actuellement et pour l'avenir, la construction domiciliaire.

Pour en arriver à son évaluation quant à la valeur des «terrains à l'avant», M. Speed a

sidered transactions involving comparable lands in the Spryfield area, but notwithstanding the fact that the "rear lands" were directly in the path of residential development for the expanding City, he appears to have characterized this area as "wilderness land" the development of which was "quite a ways in the future" and Mr. Justice Dubinsky's acceptance of this assessment was one of the main areas of difference between himself and the Appeal Division.

In dealing with the 55.5 acres of "front lands" Mr. Speed and Mr. Justice Dubinsky applied two discounting factors which were not adopted by the Appeal Division. In his direct evidence, Mr. Speed expressed the view that there was one strip of the lands in the frontal area which was only 260 feet in width and that it would therefore not be possible to build an access road 66 feet in width on this part of the property leaving 100-foot lots on each side of the road. It at first appeared from what Mr. Speed said that a road of this width was required in a development of the kind envisaged, but on cross-examination he admitted that a 60-foot road would be permissible, and he was further asked:

Q. But I suggest to you there is nothing wrong with a lot being 95 feet and having a little extra width?

A. Well, that's true. I know of subdivisions with shorter lots.

It thus appears that the narrow strip in question could be developed and the considerations attributed to this "discount factor" are accordingly minimized.

The other "discount factor" advanced by Speed was that 21 of the 55 acres were either swampy or below the level of the bordering Rockingstone Road and would require fill prior to development. In the final stages of his cross-examination, however, Mr. Speed gave the following answers with respect to all of the "front lands":

examiné les opérations concernant des terrains semblables dans la région de Spryfield, mais malgré que les «terrains à l'arrière» étaient directement dans le rayon d'expansion domiciliaire de la ville, il semble avoir désigné ceux-ci comme «des terres sauvages» dont l'aménagement ne pourrait se faire que «dans un avenir lointain» et l'acceptation par le Juge Dubinsky de cette appréciation a été l'un des principaux facteurs de divergence entre celui-ci et la Division d'appel.

En traitant des 55.5 acres de «terrains à l'avant», M. Speed et l'honorable Juge Dubinsky ont appliqué deux facteurs de diminution de la valeur du terrain qui n'ont pas été acceptés par le Division d'appel. Lors de son témoignage, M. Speed a exprimé le point de vue qu'il y avait dans les terrains de la parcelle avant une lisière de terrain qui était d'une largeur de seulement 260 pieds et que par conséquent il ne serait pas possible d'ériger dans cette partie de la propriété une voie d'accès de 66 pieds de large tout en laissant de chaque côté des lots de 100 pieds. Il a semblé d'abord ressortir du témoignage de M. Speed qu'une voie de cette largeur était requise dans un projet du genre de celui envisagé, mais en contre-interrogatoire, il a admis qu'on pourrait accepter une voie de 60 pieds de largeur; questionné de nouveau, il a dit:

[TRADUCTION] Q. Mais je ne vois rien de répréhensible à ce qu'un lot ait 95 pieds de profondeur et qu'il soit un peu plus large?

R. Bien, vous avez raison. Je connais des lotissements dont les lots sont moins profonds.

Il s'ensuit que la lisière étroite en question pouvait être aménagée et que la valeur attribuée à ce «facteur de diminution» doit être réduite en conséquence.

L'autre «facteur de diminution» mis de l'avant par Speed est que 21 des 55 acres de terre étaient soit marécageuses soit au-dessous du niveau du chemin Rockingstone qui les borne et nécessitaient du remplissage avant qu'on puisse les aménager. Cependant, à la fin de son contre-interrogatoire, M. Speed a donné les réponses suivantes, à l'égard de tous les «terrains à l'avant»:

Eventually, I would envisage development (sic) it all. I would envisage that the first section to be developed would be the 19.5 acres on the east side of the Rockingstone Road, and with the earth moving and so forth that would take place on that development, the lands on the other side would be built up and drainage could take place, and so forth, and create land on the other side of the road.

When this evidence is taken in conjunction with the fact that the parties have agreed that "the land is reasonably level" and having regard to the evidence that drainages facilities are available, this second "discount factor" does not appear to be such a serious one. The effect given by Mr. Speed to the factors I have mentioned is reflected in the method he employed in valuing the front 55.5 acres at $55,000. In this regard he said:

These discounting factors would tend to reduce the area of useable land, in my opinion, by approximately 40 to 50 per cent, which means that in allowing $1,000 per acre for that land, in my mind anyway, at that time, I was saying maybe $2,000 or $2,500 for the useable portion.

In the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of the Appeal Division, Mr. Justice Cooper had occasion to review this approach and while making allowances for the difficulties of development of the lower lying land, he reached an overall conclusion which appears to me to reflect the true situation. In this regard he said:

I would take approximately the median in each case resulting in 30 acres at $2,250.00 per acre or $67,500.00. I would ascribe a lesser value to the remaining acreage having regard to difficulties of development of the swampy and lower lying land of $1,500.00 per acre amounting to $38,250.00 and making a total for the 55.5 acres of $105,750.00.

The Appeal Division had jurisdiction to review the finding of the Arbitrator in this regard based as it was on the fact that Speed had misapprehended the evidence in attaching undue weight to the "discounting factors" to which I have referred. See *Winnipeg Supply & Fuel Co. Ltd. v. Metropolitan Corporation of*

[TRADUCTION] J'envisage que tout ça pourra un jour être aménagé. Le premier morceau à l'être serait les 19.5 acres situées du côté est du chemin Rockingstone, et en déplaçant la terre et en effectuant des travaux sur cette partie du projet on remplirait les terrains qui sont de l'autre côté du chemin, qu'on pourrait ensuite drainer, et ainsi de suite, de façon à créer de ce côté-là du terrain propice.

Lorsqu'on relie ce témoignage au fait que les parties ont reconnu que «le terrain est assez plat», et qu'on tient compte de la preuve selon laquelle les facilités pour effectuer le drainage sont disponibles, le second «facteur de diminution» ne semble pas être un facteur important. L'incidence que M. Speed donne aux facteurs dont j'ai parlé se reflète dans la méthode qu'il a employée pour évaluer à $55,000 la parcelle «avant» de 55.5 acres. A cet égard il dit:

[TRADUCTION] Ces facteurs de diminution réduisent la superficie du terrain utilisable, à mon avis, d'approximativement 40 à 50 pour cent, ce qui signifie qu'en allouant $1,000 l'acre pour la parcelle, à ce moment-là, j'allouais, du moins dans mon esprit, peut-être $2,000 ou $2,500 l'acre pour sa partie utilisable.

Dans les motifs de jugement qu'il a rédigés au nom de la Division d'appel, le Juge Cooper a eu l'occasion de réexaminer ce point de vue, et tout en tenant compte de difficultés d'aménagement dans la partie plus basse de la parcelle il en arrive à une conclusion générale qui semble traduire fidèlement la situation véritable. A cet égard il dit:

[TRADUCTION] Je prends approximativement la médiane dans chaque cas, ce qui donne 30 acres à $2,250 l'acre ou $67,500.00. J'attribue une valeur moindre de $1,500 l'acre ou $38,250 à la superficie qui reste vue les difficultés d'aménagement d'un terrain marécageux et situé à un niveau plus bas, ce qui fera un grand total de $105,750 pour la parcelle de 55.5 acres.

La Division d'appel avait compétence pour reviser la conclusion de l'arbitre à cet égard basée qu'elle était sur le fait que Speed avait mal apprécié la preuve en attachant une valeur indue aux «facteurs de diminution» que j'ai mentionnés. Voir *Winnipeg Supply & Fuel Co. Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater*

*Greater Winnipeg,*[3] at p. 338 and *University of Toronto v. Zeta Psi Elders Association of Toronto*[4].

The learned Arbitrator accepted Mr. Speed's opinion that the "rear lands" should be valued at $400 an acre on the ground that the chances of their development lay in the far distant future and he did not dissent from Mr. Speed's characterization of these lands as "wilderness". In reviewing this finding, Mr. Justice Cooper, speaking on behalf of the Appeal Division, said:

> Mr. Speed in his appraisal report from which I have already quoted said that the subject lands were directly in the path of residential development "and when adequate services are available form a logical area for a large comprehensive residential development scheme." In view of this statement I find it difficult to accept Mr. Speed's characterization of all the remainder of the lands, his parcel two, as wilderness lands. I do not think that the evidence supports such a rigid line being drawn between the 55.5 acre area and the whole of parcel two. The entire land is capable of development. The question is not on the evidence whether it will be developed, but when. Parcel two should not be valued on the basis of wilderness land but with regard to the present value of its potentialities for development in the future.

In conformity with this reasoning, Mr. Justice Cooper fixed a value of $239,700 on the "rear lands", and having regard to the proximity of these lands to the City and to the fact that they are reasonably level, I can see no reason for disturbing his conclusion which accords with the test stated by Thorson J. in *R. v. Eastern Trust*[5], at p. 119 where he was dealing with an earlier Halifax subdivision and said:

> While, therefore, a considerable portion of the expropriated land was in fact pasture land at the time of the expropriation, it is not fair to value it solely as such,

[3] [1966] S.C.R. 336.
[4] [1969] S.C.R. 443.
[5] [1945] Ex. C.R. 115.

*Winnipeg*[3], à la p. 338 et *University of Toronto c. Zeta Psi Elders Association of Toronto*[4].

Le savant arbitre a accepté l'opinion de M. Speed selon laquelle les «terrains à l'arrière» doivent être évalués à $400 l'acre pour le motif que les possibilités d'aménagement pour fins domiciliaires se situent dans un avenir très lointain et il n'exprime pas son désaccord quand M. Speed désigne ces terrains comme «des terres sauvages». En revisant cette conclusion de l'arbitre, le Juge Cooper, parlant au nom de la Division d'appel, a dit:

> [TRADUCTION] M. Speed, dans son rapport d'évaluation dont j'ai déjà cité des passages, déclare que les biens-fonds expropriés sont directement dans le rayon d'expansion domiciliaire et que «lorsque les services adéquats seront disponibles, les biens-fonds seront un choix logique pour l'aménagement d'un vaste projet de construction domiciliaire.» A la lumière de cette déclaration il m'est difficile d'accepter l'énoncé de M. Speed caractérisant de terres sauvages tout le reste des biens-fonds, soit ce qu'il désigne comme la parcelle n° 2. Je ne crois pas que la preuve nous permette d'établir une ligne de démarcation aussi rigide entre la parcelle de 55.5 acres et l'ensemble de la parcelle n° 2. L'ensemble des terrains est susceptible d'aménagement. La question n'est pas, d'après la preuve, de savoir s'il y aura ou non aménagement, mais quand. La parcelle n° 2 ne doit donc pas être évaluée comme étant constituée de «terres sauvages» mais plutôt suivant la valeur actuelle de ses potentialités d'aménagement.

Conformément à ce raisonnement, le Juge Cooper a fixé la valeur des «terrains à l'arrière» à $239,700, et considérant la proximité de la ville et le fait que ces terrains sont assez plats, je ne vois aucun motif de modifier sa conclusion, laquelle répond au critère énoncé par le Juge Thorson dans l'arrêt *R. c. Eastern Trust*[5], à la p. 119, au sujet d'un lotissement antérieur à Halifax:

> [TRADUCTION] Par conséquent, même si une partie considérable du bien-fonds exproprié était un terrain de pâturage au moment de l'expropriation, il n'est pas

[3] [1966] R.C.S. 336.
[4] [1969] R.C.S. 443.
[5] [1945] R.C.É. 115.

but its present value for building purposes in the future must also be ascertained.

The present value to which the learned judge referred is, in my view, accurately reflected in the amount fixed by Mr. Justice Cooper as a value for the "rear lands".

Pow Investments Limited cross-appealed in this Court alleging that the cost development method of valuation should have been applied in relation to the early stages of the subdivision, but having regard to the conclusion which I have reached in respect to the main appeal, it appears to me to follow that the cross-appeal must be dismissed with costs.

In the result I would dismiss the appeal and the cross-appeal with costs.

*Appeal and cross-appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Ian H. M. Palmeter, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: Harold F. Jackson, Halifax.*

juste de l'évaluer uniquement comme telle, sa valeur actuelle pour fins de construction future doit aussi être prise en considération.

La valeur actuelle dont parlait le savant juge se trouve, à mon avis, reflétée avec exactitude dans le montant fixé par le Juge Cooper pour la valeur des «terrains à l'arrière».

Pow Investments Limited a interjeté un pourvoi incident devant cette Cour, alléguant que la méthode d'évaluation selon le coût d'aménagement aurait dû être appliquée à l'égard des premières étapes du lotissement, mais vu la conclusion à laquelle je suis arrivé à l'égard du pourvoi principal il me paraît que le pourvoi incident doit être rejeté avec dépens.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident avec dépens.

*Appel et appel incident rejetés avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: Ian H. M. Palmeter, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: Harold F. Jackson, Halifax.*

**Ralph Thomas Preston Harrison** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

1974: June 25; 1974: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law—Attempted murder—Charge to jury—"must be unanimous in any verdict you bring back"—"All twelve of you must agree to convict or acquit . . ."*

The appellant was found guilty of two charges of attempted murder and a charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. The Court of Appeal, without giving reasons, unanimously dismissed the appellant's appeal. Leave was given by the Supreme Court to appeal on a specific question of law as to whether the trial judge had misdirected the jury.

*Held* (Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: A trial judge is not, in law, obligated to tell the jury that they may disagree; also, a direction that whatever verdict is returned must be unanimous is not improper.

*Per* Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. *dissenting*: This appeal raises a problem often discussed as to the duty of the judge to charge a trial jury that although their verdict may be unanimous they have the right to report a disagreement. The words used in this case do not give sufficient indication to the jury of their right to disagree.

[*Latour v. R.*, [1951] S.C.R. 19 distinguished; *Hebert v. R.*, [1955] S.C.R. 120 followed]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing, without written reasons, an appeal from a judgment of Cromarty J. with a jury. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting.

**Ralph Thomas Preston Harrison** *Appelant*;

et

**Sa Majesté la Reine** *Intimée.*

1974: le 25 juin; 1974: le 28 juin.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel—Tentative de meurtre—Directives au jury—«Vous devez être unanimes quant à tout verdict que vous allez rendre»—«Les douze que vous êtes devez tous convenir de la culpabilité ou de l'acquittement . . .»*

L'appelant a été déclaré coupable sous deux accusations de tentative de meurtre et une accusation de port d'arme à des fins dangereuses pour l'ordre public. La Cour d'appel, sans fournir de motifs, a unanimement rejeté l'appel interjeté par l'appelant. L'autorisation d'en appeler à la Cour suprême a été accordée sur une question spécifique de droit à savoir si le juge de première instance avait donné au jury des directives erronées.

*Arrêt* (Le Juge en chef Laskin et les Juges Spence et Dickson étant dissidents): L'appel doit être rejeté.

*Les* Juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Un juge de première instance n'est pas juridiquement obligé de dire aux jurés qu'ils peuvent ne pas s'entendre; aussi, une directive selon laquelle quel que soit le verdict celui-ci doit être unanime, n'est pas irrégulière.

*Le* Juge en chef Laskin et les Juges Spence et Dickson, *dissidents:* l'appel soulève une difficulté souvent discutée quant au devoir du juge au procès d'avertir les jurés que bien que le verdict doive être unanime, ils ont le droit de soumettre un désaccord. En l'espèce, les termes employés n'ont pas donné aux jurés des indications suffisantes quant à leur droit de ne pas s'entendre.

[Distinction faite avec l'arrêt *Latour c. R.*, [1951] R.C.S. 19. Arrêt suivi: *Hebert c. R.*, [1955] R.C.S. 120.]

APPEL à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant, sans motifs écrits, un appel d'un jugement du Juge Cromarty siégeant avec un jury. Appel rejeté, le Juge en chef Laskin et les Juges Spence et Dickson étant dissidents.

*R. G. Thomas*, for the appellant.

*R. M. McLeod*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on November 22, 1973, whereby that Court dismissed an appeal by the present appellant from his conviction on March 29, 1973, on two charges of attempted murder and a charge of possession of an unlawful weapon for a purpose dangerous to the public peace. No written reasons for judgment were delivered by the Court of Appeal for Ontario. This appeal is taken by leave of this Court granted on February 25, 1974 upon the following question of law:

Did the Court of Appeal of Ontario err in law in failing to hold that the trial Judge erred in law in instructing the jury as follows:

You must be unanimous as to any verdict that you bring back or as to an acquittal. All twelve of you must agree to convict or acquit, and this applies to each accused and to all charges?

The portion of the learned trial judge's charge which included the quotation repeated in the Order granting leave, I wish to cite in full:

Now, there are a number of verdicts which you can return. You can return on the first count a verdict of guilty against Harrison and Gaatch, a verdict of guilty against one or other of them, or a verdict of not guilty.

If you return a verdict of guilty against either of them, then you do not need to consider any of the included charges. If, however, you come to the conclusion that either one of them is not guilty of that charge, you must then consider the included offences of an assault occasioning bodily harm, unlawfully causing bodily harm, pointing a firearm.

*R. G. Thomas*, pour l'appelant.

*R. M. McLeod*, pour l'intimée.

Le jugement du Juge en chef et des Juges Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—L'appel est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario prononcé le 22 novembre 1973, par lequel cette Cour-là a rejeté un appel interjeté, par celui qui est l'appelant en cette Cour, d'une déclaration de culpabilité prononcée le 29 mars 1973 sous deux accusations de tentative de meurtre et une accusation de port d'arme à des fins dangereuses pour l'ordre public. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas donné de motifs écrits. L'appel, autorisé par cette Cour le 25 février 1974, est sur la question de droit suivante:

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en ne statuant pas que le juge de première instance a commis une erreur de droit en donnant au jury les directives suivantes:

[TRADUCTION] Vous devez être unanimes quant à tout verdict que vous allez rendre ou quant à un acquittement. Les douze que vous êtes devez tous convenir de la culpabilité ou de l'acquittement, et il en va ainsi à l'égard de chaque accusé et de toutes les accusations.

J'aimerais citer en entier la partie des directives du savant juge de première instance dans laquelle se trouve le passage reproduit dans l'ordonnance accordant l'autorisation d'appeler:

[TRADUCTION] Maintenant, il y a plusieurs verdicts possibles. Vous pouvez sur le premier chef d'accusation rendre un verdict de culpabilité contre Harrison et Gaatch, un verdict de culpabilité contre l'un des deux seulement ou un verdict de non-culpabilité.

Si vous rendez un verdict de culpabilité contre l'un et l'autre des deux, alors vous n'avez à considérer aucune des infractions comprises. Si, cependant, vous en venez à la conclusion que l'un ou l'autre n'est pas coupable sous ce chef d'accusation-là, vous devez alors considérer les infractions incluses suivantes: voies de fait causant lésions corporelles, causer illégalement des lésions corporelles, braquer une arme sur quelqu'un.

The same included offences apply in the third count against Harrison alone, that is, the charge of attempted murder of Constable Kealy. If you find him not guilty, then you must consider each of these three included offences.

With regard to the possession of an unlawful weapon, I have dealt with that; I think I need not go back to it. With regard to the fourth one, Mr. Gaatch in effect says that, "I am guilty of that offence." You will, however, have to come to a verdict with respect to that, since it is before you.

You must be unanimous as to any verdict that you bring back or as to an acquittal. All twelve of you must agree to convict or acquit, and this applies to each accused and to all charges. What happens after you bring in a verdict is in my realm alone, and should not be considered when you are attempting to reach a verdict.

When you got out, I suggest you elect a foreman who will be your chairman to preside over your sessions, take votes, do whatever is necessary to have an orderly meeting. I will be here or nearby all the time that you are out. If you need any additional information or help, I will do my best to give it to you.

You will be accompanied by a Sheriff's officer. Tell him if you have some question, and court will be reconvened as quickly as possible, and it will be dealt with. After you leave, it is my practice to ask counsel if they have any objections or comments to make on my charge. If they have, and I consider them to be proper ones, I will ask you to come back so that I can meet any objections they raise.

It is getting fairly close to lunch time. You are now obliged to remain together until such time as you have given a verdict. If you will let the Sheriff's officer know you want lunch, it will be brought up to you in your jury room. You may not depart from that room without my leave and until a verdict has been reached or whatever other disposition has to be made of the matter.

It will be seen that this appeal raises a problem often discussed as to the duty of the judge to charge a trial jury that although their verdict may be unanimous they have the right to report a disagreement and therefore a failure to arrive

Sous le troisième chef d'accusation contre Harrison seulement, c'est-à-dire l'accusation de tentative de meurtre sur la personne du constable Kealy, vous avez les mêmes infractions comprises. Si vous le trouvez non coupable, alors vous devez considérer chacune de ces trois infractions comprises.

Quant à la possession d'arme illégale, j'en ai déjà traité et je ne crois pas que je doive revenir sur le sujet. A l'égard du quatrième chef, M. Gaatch dit en somme: «Je suis coupable de cette infraction». Cependant, vous devez rendre un verdict à l'égard de ça, puisque c'est devant vous.

Vous devez être unanimes quant à tout verdict que vous allez rendre ou quant à un acquittement. Les douze que vous êtes devez tous convenir de la culpabilité ou de l'acquittement, et il en va ainsi à l'égard de chaque accusé et de toutes les accusations. Ce qui doit arriver après que vous aurez fait connaître un verdict relève uniquement de moi, et ne doit pas être pris en ligne de compte quand vous essayez de parvenir à un verdict.

Lorsque vous vous retirerez, je suggère que vous élisiez un chef qui agira comme président de vos réunions, prendra les votes, fera tout ce qui est nécessaire pour que vos réunions se déroulent dans l'ordre. Durant tout le temps de vos délibérations je serai ici ou tout près. Si vous avez besoin de quelque renseignement additionnel ou d'assistance, je ferai de mon mieux pour vous les donner.

Vous serez accompagné par un agent du shérif. Avertissez-le si vous avez quelque question et le tribunal se réunira aussitôt que possible pour y répondre. Après votre départ, j'ai l'habitude de demander aux avocats s'ils ont quelque objection ou commentaire relativement à mes directives. S'ils en ont, et que je considère valables, je vous rappelle afin de pouvoir me rendre à toute objection qu'ils pourront avoir soulevée.

Il est presque l'heure du déjeuner. Vous devez maintenant demeurer ensemble jusqu'au moment où vous arriverez à un verdict. Si vous avertissez l'agent du shérif que vous désirez déjeuner, votre repas vous sera apporté dans la salle des jurés. Vous ne pouvez pas quitter cette salle sans ma permission ni avant un verdict ou tout autre règlement nécessaire de la question.

On voit que l'appel soulève une difficulté souvent discutée quant au devoir du juge au procès d'avertir les jurés que bien que le verdict doive être unanime, ils ont le droit de soumettre un désaccord et par conséquent une incapacité d'en

at a verdict. Counsel for the appellant, of course, relied on the statement by Fauteux J. (as he then was), in *Latour v. The King*[1].

This is all that was said on the subject. If one of the jurors could have reasonably understood from this direction—and it may be open to such construction—that there was an obligation to agree upon a verdict, the direction would be bad in law. For it is not only the right but the duty of a juror to disagree if, after full and sincere consideration of the facts of the case, in the light of the directions received on the law, he is unable conscientiously to accept, after honest discussion with his colleagues, the views of the latter. To render a verdict, the jurors must be unanimous but this does not mean that they are obliged to agree, but that only a unanimity of views shall constitute a verdict bringing the case to an end. The obligation is not to agree but to co-operate honestly in the study of the facts of a case for its proper determination according to law.

In the presence of the misdirections above discussed, their gravity and their combined effect, I am unable to say that the respondent has affirmatively shown that there was, in the result, no substantial wrong and that justice was done according to law. And, as above indicated, the judgment rendered by the Court is that the appeal is allowed, the verdict of murder is quashed and a new trial is ordered.

The statement has been described in *Hebert v. The Queen*[2], to which reference is to be made hereafter, and elsewhere as a dictum but I am unable to so regard the statement in view of Fauteux J.'s conclusion:

In the presence of the misdirections above discussed, their gravity and their binding effect . . ."

I am of the opinion on the clear language of Fauteux J.'s statement that it was one of several *rationes decidendi* and I believe that the test set out by Fauteux J.:

If one of the jurors could reasonably have understood from this direction—and it may be, open to such construction, that there was an obligation to agree upon a verdict, the direction would be bad in law.

[1] [1951] S.C.R. 19.
[2] [1955] S.C.R. 120.

arriver à un verdict. Naturellement, l'avocat de l'appelant s'est fondé sur l'énonciation qu'avait faite le Juge Fauteux, alors juge puîné, dans l'arrêt *Latour c. Le Roi*[1].

[TRADUCTION] C'est tout ce qui a été dit sur le sujet. Si l'un des jurés avait pu raisonnablement comprendre cette directive—et on peut peut-être l'interpréter ainsi—comme faisant état d'une obligation d'être d'accord sur un verdict, la directive serait mauvaise en droit. Car ce n'est pas seulement le droit mais le devoir d'un juré de ne pas être d'accord si, après un examen complet et honnête des faits de l'espèce, à la lumière des directives reçues sur le droit, il ne peut en conscience, après en avoir honnêtement discuté avec ses collègues, accepter leurs vues. Pour rendre un verdict, les jurés doivent être unanimes, mais cela signifie non pas qu'ils sont obligés d'être d'accord mais que seule une unanimité de vues constitue un verdict pouvant clore l'affaire. L'obligation n'est pas d'être d'accord mais de collaborer honnêtement à l'étude des faits de l'espèce afin de pouvoir la juger correctement en regard du droit.

Face aux directives erronées dont j'ai traité ci-dessus, à leur gravité, et à leur effet conjugué, je ne puis dire que l'intimé a montré de façon positive qu'il n'y avait eu en définitive aucun tort substantiel et que la justice avait été rendue conformément à la loi. Et, tel qu'indiqué ci-dessus, la Cour accueille le pourvoi, infirme le verdict de meurtre et ordonne un nouveau procès.

L'énonciation a été décrite dans l'arrêt *Hébert c. La Reine*[2], auquel je renvoie plus loin, et en d'autres arrêts, comme un *dictum*, ce que je ne puis faire vu la conclusion du Juge Fauteux:

Face aux directives erronées dont j'ai traité ci-dessus, à leur gravité, et à leur effet conjugué . . .»

Je suis d'avis que l'énoncé du Juge Fauteux représente d'après ses termes clairs l'une de plusieurs *rationes decidendi* et je crois que le critère exposé par le Juge Fauteux:

Si l'un des jurés avait pu raisonnablement comprendre cette directive—et on peut peut-être l'interpréter ainsi—comme faisant état d'une obligation d'être d'accord sur un verdict, la directive serait mauvaise en droit.

[1] [1951] R.C.S. 19.
[2] [1955] R.C.S. 120.

is the test which should be applied to determine the appropriateness of a trial judge's charge upon this issue. I am aware that in the *Hebert* case that not only was Fauteux J.'s statement regarded as a dictum but five of the nine judges upheld the charge in that particular case, specifically stating that there was no obligation upon a trial judge to explain to the jury that they could disagree. In *Latour v. The King,* the only statement made by the trial judge in his charge was this:

> This is an important case and you must agree upon a verdict. This means that you must be unanimous.

On the other hand in the *Hebert* case the trial judge said:

> [TRANSLATION] Gentlemen: You must remind yourself that the verdict that you will bring back whatever it be must be a unanimous verdict. That is to say that all twelve of you must be of the same opinion and bring back the same verdict.

Kerwin C.J. said that at p. 122:

> The terse manner in which the trial judge in that case had referred to the matter is to be noted. In the present instance the trial judge made it quite clear to the jury what were their duties. He stated, more than once, that they must be unanimous and again, more than once, explained the various conclusions at which they could unanimously arrive. These conclusions are the verdicts enumerated above. To give effect to the appellant's argument would mean that a trial judge should invite a jury to disagree. This is a far different matter from an intimation, veiled or otherwise, that, notwithstanding the views of one or more jurors, it was necessary that one of certain defined conclusions be arrived at, or verdicts returned. After going over the trial judge's charge in its entirety, I am satisfied that there is no basis for the argument on the first point.

Similar statements were made by Rand J. and Estey J. Fauteux J., however, expressed in *Hebert* the same view as his brethren that the whole of the charge must be considered and having so considered he was not of the opinion

est le critère qu'on doit appliquer pour déterminer la régularité des directives d'un juge de première instance sur cette question. Je sais que dans l'affaire *Hébert* non seulement l'énoncé du Juge Fauteux a-t-il été considéré comme un *dictum* mais cinq des neuf juges ont confirmé les directives qui avaient été données dans cette affaire précise, et ont dit spécifiquement qu'il n'y avait pas d'obligation pour un juge de première instance d'expliquer aux jurés qu'ils avaient le droit de ne pas s'entendre. Dans l'arrêt *Latour c. Le Roi,* le juge de première instance avait dit seulement ceci:

> [TRADUCTION] Il s'agit d'une cause importante et vous devez être d'accord sur un verdict. Ceci signifie que vous devez être unanimes.

En revanche dans l'affaire Hébert le juge de première instance avait dit:

> Vous devez maintenant, messieurs, vous rappeler que le verdict que vous rapporterez, quel qu'il soit, doit être un verdict unanime, c'est-à-dire que tous les douze, vous devez être de la même opinion et rapporter le même verdict.

Le Juge en chef Kerwin a dit à la p. 122:

> [TRADUCTION] Il faut noter la manière laconique dont le juge de première instance avait, dans cette cause-là, traité la question. Dans l'espèce présente, le juge de première instance a indiqué clairement aux jurés quels étaient leurs devoirs. Il a déclaré, à plusieurs reprises, qu'ils devaient être unanimes et a expliqué également plus d'une fois les différentes conclusions auxquelles ils pouvaient unanimement aboutir. Ces conclusions sont les verdicts énumérés ci-dessus. Si on accepte l'argumentation de l'appelant, cela signifie qu'un juge de première instance doit inviter un jury à ne pas s'entendre. Ceci est bien différent d'une injonction, voilée ou non, selon laquelle, nonobstant l'opinion d'un ou de plusieurs jurés, il est nécessaire d'arriver à une de certaines conclusions définies, ou de rendre un de certains verdicts. Après avoir examiné dans leur intégralité les directives du juge de première instance, je suis convaincu que, sur le premier point, l'argumentation n'est pas fondée.

Des avis semblables ont été exprimés par le Juge Rand et le Juge Estey. Le Juge Fauteux, cependant, a exprimé dans *Hébert* la même opinion que ses collègues, soit que les directives du premier juge doivent être considérées dans leur

that the right to disagree had been excluded. A similar view is taken in the Court of Appeal of British Columbia in *Rex v. Schlosser*[3], per O'Halloran J.A. at p. 191:

In days long since juries were not permitted to disagree (cf. *R. v. Neal* (1949), 33 Cr. App. R. 189), but the pendulum cannot yet have swung to the opposite extreme of encouraging them to disagree.

In the Court of Appeal for Manitoba in *Regina v. Wedge*[4] Matas J.A. for the Court expressed the same view as to a charge which read:

. . . to render a verdict you must be unanimous; that is, the verdict you bring in must be the verdict of all of you.

On the other hand the Court of Appeal for Ontario in *Regina v. DeMarco*[5], considered a charge reading:

The other thing is, and most important if anything is, that all twelve jurors must agree. It has to be a unanimous jury; that means that everybody has to be of the one opinion whether the accused is guilty or not guilty.

Martin J.A. said that at p. 374:

We are of the view that this comes perilously close to the type of instruction that was held by the Supreme Court of Canada to be error in the case of *Latour v. The King* (1950), 98 C.C.C. 258. This is quite a different direction to instructing the jury that they must be unanimous with respect to any verdict that they return to the Court.

It would seem to be the consistent course of the Courts that a judge is not required to charge a jury that they may disagree. Perhaps O'Halloran J.A. was correct and the pendulum has not yet swung to the opposite extreme. I can see no serious objection to such a charge, accompanied as it usually is by the judge's admonition that the jurors should realize the serious consequences which accompany a disagreement and

[3] (1951), 102 C.C.C. 187.
[4] (1973), 14 C.C.C. (2d) 490.
[5] (1973), 13 C.C.C. (2d) 369.

ensemble, et après avoir examiné ainsi les directives il n'a pas été d'avis qu'on avait exclu le droit de ne pas être d'accord. Une semblable façon de voir fut adoptée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Rex v. Schlosser*[3], par le Juge d'appel O'Halloran, à la p. 191:

[TRADUCTION] L'époque est depuis longtemps révolue où les jurés étaient obligés de se mettre d'accord (voir *R. v. Neal* (1949), 33 Cr. App. R. 189), mais le pendule ne peut être déjà passé à l'autre extrême qui serait d'inciter les jurés à ne pas s'entendre.

Dans l'arrêt *Regina v. Wedge*[4], Cour d'appel du Manitoba, le Juge d'appel Matas a exprimé au nom de la Cour un avis semblable à l'égard d'une directive qui se lisait comme suit:

[TRADUCTION] . . . pour rendre un verdict vous devez être unanimes, c'est-à-dire que le verdict que vous rendrez doit être le verdict de vous tous.

En revanche la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Regina v. DeMarco*[5], a examiné une directive qui se lisait comme suit:

[TRADUCTION] L'autre chose, et la plus importante s'il en est, est que tous les douze jurés doivent être d'accord. Le jury doit être unanime; cela signifie que chacun doit avoir la même opinion quant à la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé.

et le Juge d'appel Martin a déclaré à la p. 374:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que c'est dangereusement près du genre de directive que la Cour suprême du Canada a considéré comme erroné dans l'arrêt *Latour c. Le Roi* (1950), 98 C.C.C. 258. C'est tout à fait différent d'une directive qui dit au jury qu'il doit être unanime à l'égard de tout verdict qu'il fera connaître au tribunal.

Il semble constant chez nos tribunaux qu'un juge n'est pas obligé de donner aux jurés une directive selon laquelle ils ont le droit de ne pas s'entendre. Il se peut que le Juge d'appel O'Halloran ait eu raison et que le pendule ne soit pas encore passé à l'autre extrême. Je ne puis voir d'objection sérieuse à une directive de cette nature, accompagnée comme c'est habituellement le cas par l'avertissement du juge aux

[3] (1951), 102 C.C.C. 187.
[4] (1973), 14 C.C.C. (2d) 490.
[5] (1973), 13 C.C.C. (2d) 369.

attempt to resolve their differences. It is said that the mere mention of disagreement to the charge in a jury is to invite the jury to disagree. I do not subscribe to that fear and I am of the opinion that a jury properly charged will strive to arrive at an unanimous verdict in accordance with their oath despite the fact that they know that if they have an irreconcilable difference they may report disagreement.

However, that may be and whether trial judges should or should not be required to tell juries that they may disagree, I am strongly of the opinion that to tell a jury that it cannot disagree is a major fault which causes a mistrial and as Fauteux J. pointed out in *Latour:*

> If one of the jurors could reasonably understand from the direction that there was an obligation to agree upon a verdict then the juror has been told that he cannot disagree.

I turn now to the actual words of the charge. In the earlier parts of his charge, the learned trial judge has stressed to the jury their own individual duty to consider the evidence and come to their conclusion but in the portion that I have cited the emphasis was taken in unanimity with two possible exceptions. The first is in this sentence: "What happens after you bring in a verdict is my realm alone, and should not be considered when you are attempting to reach a verdict". The word "attempting" may be considered as indicating a possible failure to reach a verdict but in my opinion it lacks sufficient clarity to ensure that, as Fauteux J. put it, a juror would not understand that there was an obligation upon him to reach a verdict. The second is in the last sentence quoted in the charge:

jurés qu'ils doivent se rendre compte des conséquences sérieuses qu'entraîne un désaccord et essayer de résoudre leurs divergences d'opinions. On a dit que la simple mention de désaccord dans les directives au jury était une invitation à celui-ci à ne pas s'entendre. Je ne partage pas cette crainte et je suis d'avis que des jurés qui ont reçu des directives régulières s'efforceront d'en arriver à un verdict unanime conformément à leur serment malgré qu'ils sachent que s'ils ont des divergences irréconciliables, ils peuvent soumettre un désaccord.

Quoi qu'il en soit, et que les juges de première instance soient ou ne soient pas tenus d'avertir les jurys qu'ils peuvent ne pas s'entendre, je suis fortement d'avis que dire à un jury qu'il ne peut en arriver à un désaccord constitue une faute majeure entraînant l'invalidité du procès (*mistrial*), et comme l'a dit le Juge Fauteux dans l'affaire *Latour:*

> Si l'un des jurés a pu raisonnablement comprendre cette directive comme faisant état d'une obligation d'être d'accord sur un verdict, alors on se trouve à lui avoir dit qu'il n'avait pas le droit de n'être pas d'accord.

Je passe maintenant aux termes mêmes employés dans les directives. Dans les premières parties de ses directives, le savant juge de première instance a mis en relief pour le jury l'obligation individuelle de chacun des jurés d'examiner la preuve et de tirer sa conclusion, mais, dans la partie que j'ai reproduite, il a insisté sur l'unanimité, sauf peut-être deux exceptions. La première est dans cette phrase-ci: «Ce qui doit arriver après que vous aurez fait connaître un verdict relève uniquement de moi, et ne doit pas être pris en ligne de compte quand vous essayez de parvenir à un verdict». Le mot «essayez» peut être considéré comme indiquant une possibilité de ne pouvoir parvenir à un verdict mais à mon avis il n'est pas suffisamment clair pour s'assurer que, comme l'a dit le Juge Fauteux, un jury ne conclura pas qu'il y a obligation pour lui d'en arriver à un verdict. La seconde est dans la dernière phrase citée dans les directives:

You may not depart from that room without my leave until a verdict has been reached or whatever other disposition has to be made of the matter.

Again, a lawyer would quickly assume that the learned trial judge was referring to a possible disagreement but jurors are not lawyers, lawyers are not eligible to be jurors and a person who is not a lawyer might quite fail to understand that in that sentence the learned trial judge was referring to a possible disagreement.

In each of these cases in my view the line is a very thin one. In some cases it has been and should have been held that the charge gave to the jury a sufficient indication of their right to disagree. In other cases, very similar words have been held by other Courts not to give such sufficient indication. I am of the opinion that this case falls in the latter category and I cannot say that no juror hearing the charge in this particular case would understand that he was under an obligation to bring in a verdict. It is regrettable that this result should occur. A proper charge in my opinion can be given without any danger that the jury will seize the opportunity to disagree in disregard of their oath. I would allow the appeal and direct a new trial.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

MARTLAND J.—This appeal is brought, by leave of this Court, on a single question of law. The Court of Appeal for Ontario had unanimously dismissed the appellant's appeal from his convictions on two charges of attempted murder and a charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, after trial by a jury.

The question of law is as follows:

Did the Court of Appeal of Ontario err in law in failing to hold that the trial Judge erred in law in instructing the jury as follows:

Vous ne pouvez pas quitter cette salle sans ma permission ni avant un verdict ou tout autre règlement nécessaire de la question.

Là encore, un avocat en déduirait rapidement que le savant juge de première instance voulait parler d'un désaccord possible mais les jurés ne sont pas des avocats, les avocats ne sont pas admissibles à faire partie d'un jury et une personne qui n'est pas avocat pourrait facilement ne pas comprendre que dans cette phrase le savant juge de première instance parlait d'un désaccord possible.

Dans chacun de ces cas, à mon avis, la ligne de démarcation est très mince. Dans certaines affaires il a été décidé comme il se devait que les directives avaient donné aux jurés des indications suffisantes quant à leur droit de ne pas s'entendre. Dans d'autres, d'autres tribunaux ont décidé que des termes quasi semblables n'étaient pas des indications suffisantes de ce droit. Je suis d'avis que l'espèce présente est de la dernière catégorie et je ne puis affirmer qu'aucun juré entendant les directives qui ont été données en l'espèce ne déduirait qu'il est obligé de rendre un verdict. Il est regrettable qu'un tel résultat puisse se produire. A mon avis, on peut donner des directives appropriées sans risquer que les jurés se servent du droit au désaccord au mépris de leur serment. J'accueillerais l'appel et ordonnerais un nouveau procès.

Le jugement des Juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appel, interjeté avec l'autorisation de cette Cour, porte sur une question de droit unique. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté à l'unanimité l'appel qu'a interjeté l'appelant de ses condamnations sous deux accusations de tentative de meurtre et une accusation de port d'arme à des fins dangereuses pour l'ordre public, à la suite d'un procès devant jury.

La question de droit est la suivante:

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en ne statuant pas que le juge de

"You must be unanimous as to any verdict that you bring back or as to an acquittal. All twelve of you must agree to convict or acquit, and this applies to each accused and to all charges"?

The Court of Appeal did not deliver reasons for its dismissal of the appeal, but we were advised by counsel for the appellant that the question now in issue was argued on the appeal to that Court.

The appellant relies mainly on the reasons delivered on behalf of the Court by Fauteux J., as he then was, in *Latour v. R.*[6], at p. 30, which conclude with the following statement:

The other matter in which comments may be added, although the point was not raised by the appellant, is related to the following direction given to the jury:

"This is an important case and you must agree upon a verdict. This means that you must be unanimous."

This is all that was said on the subject. If one of the jurors could have reasonably understood from this direction—and it may be open to such construction—that there was an obligation to agree upon a verdict, the direction would be bad in law. For it is not only the right but the duty of a juror to disagree if, after full and sincere consideration of the facts of the case, in the light of the directions received on the law, he is unable conscientiously to accept, after honest discussion with his colleagues, the views of the latter. To render a verdict, the jurors must be unanimous but this does not mean that they are obliged to agree, but that only a unanimity of views shall constitute a verdict bringing the case to an end. The obligation is not to agree but to co-operate honestly in the study of the facts of a case for its proper determination according to law.

This Court had to consider the application of the statement in *Latour* in *Hebert v. R.*[7] The

[6] [1951] S.C.R. 19.
[7] [1955] S.C.R. 120.

première instance a commis une erreur de droit en donnant au jury les directives suivantes:

[TRADUCTION] «Vous devez être unanimes quant à tout verdict que vous allez rendre ou quant à un acquittement. Les douze que vous êtes devez tous convenir de la culpabilité ou de l'acquittement, et il en va ainsi à l'égard de chaque accusé et de toutes les accusations.»

La Cour d'appel n'a pas rédigé de motifs lorsqu'elle a rejeté l'appel mais l'avocat de l'appelant nous a informés que le point maintenant en litige a été débattu lors de l'appel interjeté devant cette Cour-là.

L'appelant se fonde principalement sur les motifs rédigés au nom de la Cour par M. le Juge Fauteux, tel était alors son titre, dans l'affaire *Latour c. R.*[6], à la p. 30, qui concluent de la façon suivante:

[TRADUCTION] L'autre question au sujet de laquelle on pourrait ajouter des commentaires, bien que l'appelant ne l'ait pas soulevée, est reliée à la directive suivante donnée au jury:

[TRADUCTION] «Il s'agit d'une cause importante et vous devez être d'accord sur un verdict. Ceci signifie que vous devez être unanimes.»

C'est tout ce qui a été dit sur le sujet. Si l'un des jurés avait pu raisonnablement comprendre cette directive—et on peut peut-être l'interpréter ainsi—comme faisant état d'une obligation d'être d'accord sur un verdict, la directive serait mauvaise en droit. Car ce n'est pas seulement le droit mais le devoir d'un juré de ne pas être d'accord si, après un examen complet et honnête des faits de l'espèce, à la lumière des directives reçues sur le droit, il ne peut en conscience, après en avoir honnêtement discuté avec ses collègues, accepter leurs vues. Pour rendre un verdict, les jurés doivent être unanimes, mais cela signifie non pas qu'ils sont obligés d'être d'accord mais que seule une unanimité de vues constitue un verdict pouvant clore l'affaire. L'obligation n'est pas d'être d'accord mais de collaborer honnêtement à l'étude des faits de l'espèce afin de pouvoir la juger correctement en regard du droit.

Cette Cour a dû, dans l'affaire *Hébert c. R.*[7], se pencher sur l'application de ce passage-là de

[6] [1951] R.C.S. 19.
[7] [1955] R.C.S. 120.

whole Court sat in this case, and it included all of the judges who had been members of the Court in the *Latour* case, save one.

In the *Hebert* case the trial judge, in instructing the jury, had said this:

[TRANSLATION] Gentlemen: You must remind yourself that the verdict that you will bring back whatever it be must be a unanimous verdict. That is to say that all twelve of you must be of the same opinion and bring back the same verdict.

Kerwin C.J., with whom Taschereau J., as he then was, and Abbott J. agreed, at p. 122, referred to the appellant's reliance upon the passage from *Latour,* cited above, which he described as an *obiter dictum*, and went on to say:

The terse manner in which the trial judge in that case had referred to the matter is to be noted. In the present instance the trial judge made it quite clear to the jury what were their duties. He stated, more than once, that they must be unanimous and again, more than once, explained the various conclusions at which they could unanimously arrive. These conclusions are the verdicts enumerated above. To give effect to the appellant's argument would mean that a trial judge should invite a jury to disagree. This is a far different matter from an intimation, veiled or otherwise, that, notwithstanding the views of one or more jurors, it was necessary that one of certain defined conclusions be arrived at, or verdicts returned. After going over the trial judge's charge in its entirety, I am satisfied that there is no basis for the argument on the first point.

Estey J., at p. 131, said:

A disagreement is not a verdict. It exists only because of the inability of the jury to arrive at a decision and, therefore, a verdict. In this context the jury would understand that he was discussing a verdict as a decision and not in any way referring to the possibility of a disagreement or denying their right to disagree. There is no obligation upon a judge to explain to a jury they may disagree. In fact, a trial judge does not accept a disagreement until he is satisfied that

l'affaire *Latour.* La Cour au complet siégeait dans l'espèce *Hébert,* et se composait de tous les juges qui avaient siégé dans l'affaire *Latour* sauf un.

Dans l'affaire *Hébert* le juge de première instance, en instruisant le jury, a déclaré ceci:

Vous devrez maintenant, messieurs, vous rappeler que le verdict que vous rapporterez, quel qu'il soit, doit être un verdict unanime, c'est-à-dire que tous les douze, vous devez être de la même opinion et rapporter le même verdict.

Le Juge en chef Kerwin, avec qui étaient d'accord M. le Juge Taschereau, tel était alors son titre, et M. le Juge Abbott, a mentionné à la p. 122 que l'appelant s'était fondé sur le passage extrait de l'arrêt *Latour,* précité, qu'il a décrit comme un *obiter dictum,* et a poursuivi en ces termes:

[TRADUCTION] Il faut noter la manière laconique dont le juge de première instance avait, dans cette cause-là, traité la question. Dans l'espèce présente, le juge de première instance a indiqué clairement aux jurés quels étaient leurs devoirs. Il a déclaré, à plusieurs reprises, qu'ils devaient être unanimes et a expliqué également plus d'une fois les différentes conclusions auxquelles ils pouvaient unanimement aboutir. Ces conclusions sont les verdicts énumérés ci-dessus. Si l'on accepte l'argumentation de l'appelant, cela signifie qu'un juge de première instance doit inviter un jury à ne pas s'entendre. Ceci est bien différent d'une injonction, voilée ou non, selon laquelle, nonobstant l'opinion d'un ou de plusieurs jurés, il est nécessaire d'arriver à une de certaines conclusions définies, ou de rendre un de certains verdicts. Après avoir examiné dans leur intégralité les directives du juge de première instance, je suis convaincu que, sur le premier point, l'argumentation n'est pas fondée.

M. le Juge Estey a déclaré à la p. 131:

[TRADUCTION] Un désaccord n'est pas un verdict. Il existe seulement du fait de l'incapacité du jury d'arriver à une décision et par conséquent à un verdict. Dans ce contexte, le jury devait comprendre que le juge discutait d'un verdict en tant que décision et ne parlait d'aucune façon de la possibilité d'un désaccord ni ne niait leur droit de ne pas s'entendre. Le juge n'est pas obligé d'expliquer aux jurés qu'ils peuvent ne pas s'entendre. En fait, un juge de pre-

there is no reasonable possibility of the jury arriving at a unanimous decision.

Fauteux J., who dissented on other matters, said, at p. 143:

[TRANSLATION] It is, however, with respect to the judge's charge as a whole that the matter must be weighed. So considered, I do not think that one can, in the present case, say that the right to disagree has been excluded.

With these reasons Locke J., who also dissented on other matters, concurred.

None of the members of the Court upheld the appellant's submission on this point. None of them expressed the view that the direction under consideration was improper if one of the jurors could reasonably have understood that there was an obligation to agree upon a verdict.

This judgment negatives any suggestion that a trial judge is, in law, obligated to tell the jury that they may disagree. It also holds that a direction that whatever verdict is returned must be unanimous is not improper. In my opinion that is all that the trial judge did in the present case. I will repeat the passage from his charge cited in the question of law on which leave was granted and add to it his next following sentence:

You must be unanimous as to any verdict that you bring back or as to an acquittal. All twelve of you must agree to convict or acquit, and this applies to each accused and to all charges. What happens after you bring in a verdict is in my realm alone, and should not be considered *when you are attempting to reach a verdict.*

The emphasis is my own.

In my opinion the second sentence, which is the one of which the appellant complains, cannot be read in isolation. The essence of the direction is that a verdict to convict or to acquit must be unanimous. The words underlined show

mière instance n'accepte de désaccord que s'il est convaincu qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le jury arrive à une décision unanime.

M. le Juge Fauteux, dissident sur d'autres questions, a déclaré à la p. 143:

C'est, cependant, en regard de toute l'adresse du Juge que la question doit être appréciée. Ainsi considérée, je ne crois pas qu'on puisse, en l'espèce, dire que le droit à un désaccord ait été exclu.

M. le Juge Locke, également dissident sur d'autres questions, a souscrit à ces motifs.

Aucun des membres de la Cour n'a retenu la prétention de l'appelant sur ce point. Aucun d'entre eux n'a exprimé l'avis que la directive examinée était incorrecte si un des jurés pouvait raisonnablement comprendre qu'il y avait une obligation d'être d'accord sur un verdict.

Ce jugement réfute toute suggestion qu'un juge de première instance soit juridiquement obligé de dire aux jurés qu'ils peuvent ne pas s'entendre. Il décide aussi qu'une directive selon laquelle quel que soit le verdict celui-ci doit être unanime, n'est pas irrégulière. A mon avis, c'est tout ce qu'a fait le juge de première instance en la présente espèce. Je vais répéter le passage tiré de ses directives cité dans la question de droit sur laquelle a été accordée l'autorisation d'appeler, et je vais y ajouter la phrase de ses directives qui vient immédiatement après:

[TRADUCTION] Vous devez être unanimes quant à tout verdict que vous allez rendre ou quant à un acquittement. Les douze que vous êtes devez tous convenir de la culpabilité ou de l'acquittement, et il en va ainsi à l'égard de chaque accusé et de toutes les accusations. Ce qui doit arriver après que vous aurez fait connaître un verdict relève uniquement de moi, et ne doit pas être pris en ligne de compte *quand vous essayez de parvenir à un verdict.*

Les italiques sont de moi.

A mon avis la seconde phrase, qui est celle dont se plaint l'appelant, ne peut être considérée isolément. La directive dit, essentiellement, qu'un verdict de culpabilité ou d'acquittement doit être unanime. Les mots soulignés montrent

that the jury was not being told that it had to reach a verdict.

In my opinion, on the basis of the judgment of this Court in *Hebert*, the appeal should be dismissed.

*Appeal dismissed,* LASKIN C.J. *and* SPENCE *and* DICKSON JJ. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Ronald G. Thomas, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

qu'on ne disait pas au jury qu'il devait parvenir à un verdict.

A mon avis, d'après le jugement rendu par cette Cour dans l'affaire *Hebert*, l'appel doit être rejeté.

*Appel rejeté, le Juge en chef* LASKIN *et les Juges* SPENCE *et* DICKSON *étant dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Ronald G. Thomas, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Le Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Jergen Anton Wolf** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

1974: May 28; 1974: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

*Criminal law—Perjury—Accused testifying he could not remember events described by him in statement to police—Whether false evidence, known by accused to be false, given with intent to mislead Court—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 120.*

*Courts—Stare decisis—Uniformity among Provincial Appellate Courts required only as result of decisions of Supreme Court of Canada.*

The accused was assaulted by two men and shortly thereafter he described to a police officer the details of what had occurred. The next day he dictated to two detectives a statement again describing the assault. He read over the statement and signed each page. In consequence of the foregoing, the two men were charged that "with intent to wound, they did unlawfully cause bodily harm to [the accused]". At the time of their preliminary inquiry, and before it began, one of the detectives who was present at the taking of the statement from the accused showed him a typewritten copy which he was asked to read, and then the detective asked if "everything was alright", to which the accused replied "yes". When called to give evidence at the preliminary inquiry, the accused said that he could not remember the events described in the statement. In the result, the case against the two men was dismissed. A charge of perjury against the accused was then laid and following his trial he was convicted. On appeal, a majority of the Alberta Appellate Division affirmed the conviction and the accused then appealed to this Court. The only question to be considered was whether the false evidence, which the accused knew to be false, was given with "intent to mislead the Court" within the meaning of s. 120 of the *Criminal Code.*

*Held*: The appeal should be dismissed.

This was not a case of mere error, honestly made. The circumstances amply justified a conclusion that the failure of recollection was dishonest and deliber-

**Jergen Anton Wolf** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

1974: le 28 mai; 1974: le 28 juin.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

*Droit criminel—Parjure—Inculpé déclarant qu'il ne pouvait pas se souvenir des événements qu'il avait décrits dans sa déclaration à la police—Est-ce que le faux témoignage, que l'accusé savait faux, a été rendu avec l'intention de tromper la Cour—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 120.*

*Tribunaux—Stare decisis—La seule uniformité qui s'impose parmi les cours d'appel provinciales est celle qui résulte des arrêts de la Cour suprême du Canada.*

L'inculpé a été assailli par deux hommes et peu de temps après il a décrit à un agent ce qui s'était produit. Le lendemain, il a dicté à deux détectives une déclaration décrivant de nouveau les voies de fait. Il a relu la déclaration et signé chaque page. En conséquence, les deux hommes ont été accusés [TRADUCTION] «d'avoir, dans l'intention de blesser, illicitement causé des lésions corporelles à [l'inculpé]». Le jour de l'enquête préliminaire, avant que celle-ci ne commence, un des détectives qui avait assisté à la déclaration de l'inculpé lui a montré une copie dactylographiée qu'on lui a demandé de lire, et alors le détective lui a demandé si «tout était parfait» et l'inculpé a répondu «oui». Cité comme témoin lors de l'enquête préliminaire, l'inculpé a déclaré qu'il ne pouvait se souvenir des événements décrits dans la déclaration. En conséquence, la poursuite contre les deux hommes a été rejetée. L'inculpé a alors été accusé de parjure et, à la suite de son procès, il a été déclaré coupable. En appel, une majorité de la Division d'appel de l'Alberta a confirmé sa condamnation et l'accusé a ensuite interjeté appel à cette Cour. La seule question à examiner est de savoir si le faux témoignage, que l'accusé savait être faux, a été rendu «avec l'intention de tromper la Cour» selon le sens de l'art. 120 du *Code criminel.*

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté.

Il ne s'agissait pas en l'espèce d'une simple erreur, faite de bonne foi. Les circonstances permettaient amplement de conclure que le défaut de mémoire

ately asserted to prevent the Court from arriving at a decision upon credible evidence. The contention that the accused by answering that he could not remember could not be said to have any intent to mislead the Court when there was no other evidence against which his failure of recollection could be measured was rejected.

*Calder v. The Queen*, [1960] S.C.R. 892, applied; *R. v. Patterson* (1967), 61 W.W.R. 379; *R. v. Glenfield*, [1934] 3 W.W.R. 465, overruled.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division[1], dismissing the appellant's appeal from his conviction for perjury. Appeal dismissed.

*A. M. Harredence, Q.C.*, for the appellant.

*R. B. Nelles*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal, from the affirmation by a majority of the Alberta Appellate Division of a conviction of perjury, raises an important question as to the meaning of the words "with intent to mislead" in s. 120 of the *Criminal Code* and, in that connection, raises also the question of the correctness of *R. v. Patterson*[2], a decision of the Saskatchewan Court of Appeal. McDermid J.A., who dissented from the majority, did so on the ground that he felt that in the interests of the uniform administration of the criminal law he should follow the *Patterson* case, notwithstanding that he considered that it was wrongly decided. Acting upon propositions advanced by Harvey C.J.A. in *R. v. Glenfield*[3], McDermid J.A. was of the view that he should follow a decision of another provincial appellate Court, albeit in his opinion erroneous, when this resulted in an acquittal of an accused, so long as he did not consider that decision to be clearly wrong.

[1] [1973] 5 W.W.R. 226, 12 C.C.C. (2d) 228, 22 C.R.N.S. 246.
[2] [1968] 2 C.C.C. 152, (1967), 61 W.W.R. 379.
[3] [1934] 3 W.W.R. 465.

était malhonnête et délibérément allégué pour empêcher la Cour de statuer sur la base de témoignages croyables. La prétention qu'il était impossible d'affirmer que l'inculpé, lorsqu'il a répondu ne pas se souvenir des faits, avait l'intention de tromper la Cour, s'il n'existait aucune autre preuve permettant d'évaluer son défaut de mémoire, a été rejetée.

Arrêt appliqué: *Calder c. La Reine*, [1960] R.C.S. 892. A l'encontre des arrêts: *R. v. Patterson* (1967), 61 W.W.R. 379; *R. v. Glenfield*, [1934] 3 W.W.R. 465.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta[1] rejetant l'appel de l'appelant de sa condamnation pour parjure. Pourvoi rejeté.

*A. M. Harredence, c.r.*, pour l'appelant.

*R. B. Nelles*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appel, interjeté à la suite d'une décision de la majorité des juges de la Division d'appel de l'Alberta confirmant une condamnation pour parjure, soulève une question importante quant au sens de l'expression «avec l'intention de tromper» qui figure à l'art. 120 du *Code criminel* et, à ce propos, soulève également la question de savoir si l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *R. v. Patterson*[2] est bien fondé. Le Juge d'appel McDermid n'a pas suivi la majorité en Division d'appel, parce que, selon lui, pour assurer une application uniforme du droit criminel, il convenait de suivre l'arrêt *Patterson*, nonobstant son avis suivant lequel l'affaire *Patterson* avait été mal jugée. S'appuyant sur les énoncés de principe du Juge Harvey, juge en chef de l'Alberta, dans l'arrêt *R. v. Glenfield*[3], M. le Juge d'appel McDermid est d'avis qu'il y a lieu de suivre la décision, même erronée, d'une autre cour d'appel provinciale, lorsqu'elle aboutit à l'acquittement d'un prévenu, aussi longtemps qu'on ne la considère pas comme manifestement fausse.

[1] [1973] 5 W.W.R. 226, 12 C.C.C. (2d) 228, 22 C.R.N.S. 246.
[2] [1968] 2 C.C.C. 152, (1967), 61 W.W.R. 379.
[3] [1934] 3 W.W.R. 465.

In my opinion, *R. v. Glenfield* should not be taken as establishing any governing rule as between or among provincial appellate courts. A provincial appellate court is not obliged, as a matter either of law or of practice, to follow a decision of the appellate court of another province unless it is persuaded that it should do so on its merits or for other independent reasons. The distinction drawn by Harvey C.J.A. between a decision of another provincial appellate court which is felt to be wrong and a decision thereof which is felt to be clearly wrong is not one that commends itself either for its logic or its utility. Indeed, at the time the *Glenfield* case was decided, the *Criminal Code,* R.S.C. 1927, c. 36, provided by s. 1025(1), as enacted by 1920 (Can.), c. 43, s. 16, for an appeal in cases of indictable offences to the Supreme Court of Canada, with leave, where there was conflict with the decision of another provincial appellate court in a like case. This provision, repealed by 1948 (Can.), c. 39, s. 42, is somewhat inconsistent with the policy which the *Glenfield* case reflected so far as uniformity of the criminal law was regarded from the standpoint of provincial appellate court decisions. The only required uniformity among provincial appellate courts is that which is the result of the decisions of this Court.

The perjury charge in the present case arose in the following circumstances. The accused was with a married woman in her apartment in the early hours of February 2, 1972, when the husband, from whom she was separated, broke in and chased the accused out the back door. A constable arrived at the apartment at about 2 a.m. and began a search for the accused and the husband. The two turned up at the apartment at about 4:50 a.m., with the accused looking as if he had been assaulted. The constable drove him to a hospital for treatment, and during the drive and again after being treated the accused described in detail what occurred after the angry husband entered the apartment. He said he had been caught near the apartment and assaulted, then taken by the husband and another person by car to a yacht club area where he was again assaulted by the husband

A mon avis, il n'y a pas lieu de considérer que l'arrêt *R. v. Glenfield* a établi une règle applicable aux relations entre les cours d'appel provinciales. Une cour d'appel provinciale n'est pas obligée, ni en droit ni en pratique, de suivre une décision de la cour d'appel d'une autre province, sauf si elle est persuadée qu'elle doit le faire d'après sa valeur intrinsèque ou pour d'autres raisons indépendantes. La distinction que le Juge en chef Harvey a faite entre les décisions des autres cours d'appel provinciales, selon qu'on les estime, soit fausses, soit manifestement fausses, n'est ni logique ni utile. En effet, lorsque l'arrêt *Glenfield* a été rendu, le *Code criminel,* S.R.C. 1927, c. 36, permettait, au par. (1) de l'art. 1025, tel qu'édicté par 1920 (Can.), c. 43, art. 16, d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada, sur autorisation, dans les cas d'actes criminels, lorsqu'il y avait conflit avec la décision rendue par une autre cour d'appel provinciale dans une espèce semblable. Cette disposition, abrogée par 1948 (Can.), c. 39, s. 42, contredit quelque peu la politique que l'arrêt *Glenfield* reflète dans la mesure où l'uniformité du droit criminel a été considérée du point de vue des décisions des cours d'appel provinciales. La seule uniformité qui s'impose parmi les cours d'appel provinciales est celle qui résulte des arrêts de cette Cour.

L'accusation de parjure dans la présente espèce découle des circonstances suivantes. L'inculpé se trouvait en compagnie d'une femme mariée, dans l'appartement de celle-ci, aux premières heures du 2 février 1972, lorsque son mari, dont elle était séparée, a fait irruption et a pourchassé l'inculpé par la porte de derrière. Un agent s'est présenté à l'appartement vers 2 h et a entrepris des recherches pour retrouver l'inculpé et le mari. Ces deux derniers sont revenus à l'appartement vers 4 h 50 et l'inculpé semblait avoir subi des voies de fait. L'agent l'a conduit à un hôpital pour le faire soigner et, tant au cours du trajet qu'après avoir reçu des soins, l'inculpé a décrit en détail ce qui s'est passé après l'entrée dans l'appartement du mari furieux. Il a déclaré avoir été empoigné près de l'appartement et avoir subi des voies de fait; puis le mari et une autre personne l'ont

who used a hammer on him. The accused told of the hammer being thrown away in a certain location and one was later found there. Next day, the estranged wife picked up the accused at the hospital and they returned to her apartment where the accused dictated to two detectives a statement again describing the assault. He read over the statement and signed each page. Before dictating the statement the accused described the assault to the detectives.

emmené en voiture près d'un yacht-club où le mari l'a de nouveau attaqué et l'a frappé avec un marteau. L'inculpé a raconté que le marteau avait été jeté à un certain endroit; par la suite, on a trouvé un marteau à cet endroit-là. Le lendemain, l'épouse est passée prendre l'inculpé à l'hôpital et ils sont retournés à son appartement où l'inculpé a dicté à deux détectives une déclaration décrivant de nouveau les voies de fait. Il a relu la déclaration et signé chaque page. Avant de dicter cette déclaration, l'inculpé a décrit les voies de fait aux détectives.

In consequence of the foregoing, the husband and his associate were charged that "with intent to wound, they did unlawfully cause bodily harm to [the accused]", an offence under *Criminal Code* s. 228. At the time of their preliminary inquiry on March 20, 1972, and before it began, one of the detectives who was present at the taking of the statement from the accused showed him a typewritten copy which he was asked to read, and then the detective asked if "everything was alright", to which the accused replied "yes". When called to give evidence at the preliminary inquiry, the accused said that he could not remember being at the married woman's apartment on the particular morning and he could not remember the events of the day. He did remember being in hospital and being treated for injuries, but could not remember how he got them; and although he admitted knowing the two persons who were charged under s. 228, he could not remember seeing them in the morning of February 2, 1972. In the result, the case against the two was dismissed. The charge of perjury against the accused was then laid.

En conséquence, le mari et son compagnon ont été accusés [TRADUCTION] «d'avoir, dans l'intention de blesser, illicitement causé des lésions corporelles à [l'inculpé]», infraction prévue à l'art. 228 du *Code criminel*. Le 20 mars 1972, avant que ne commence leur enquête préliminaire, un des détectives qui avait assité à la déclaration de l'inculpé lui a montré une copie dactylographiée qu'on lui a demandé de lire; le détective lui a ensuite demandé si «tout était parfait» et l'inculpé a répondu «oui». Cité comme témoin lors de l'enquête préliminaire, l'inculpé a déclaré qu'il ne pouvait se rappeler s'il se trouvait à l'appartement de la femme mariée le matin en question et qu'il ne pouvait se souvenir des événements de ce jour-là. Il se souvenait d'avoir été à l'hôpital et d'avoir été soigné pour ses blessures, mais il ne pouvait se souvenir comment il les avait subies; il a certes admis qu'il connaissait les deux personnes accusées en vertu de l'art. 228, mais il ne pouvait se souvenir les avoir vues le matin du 2 février 1972. En conséquence, la poursuite contre les deux hommes a été rejetée et l'inculpé a été accusé de parjure.

The charge alleged that he committed perjury by falsely swearing that he did not remember seeing either the husband or his associate on the morning of February 2, 1972, and that he did not remember having been given a beating that morning, knowing this to be false and with intent to mislead the Court. Section 120 of the *Criminal Code* reads as follows:

Selon les termes de l'inculpation, il a commis un parjure en déclarant sous la foi du serment qu'il ne se rappelait pas avoir vu le mari ni son compagnon le matin du 2 février 1972, ni d'avoir été battu ce matin-là, tout en sachant que cette déclaration était fausse et qu'il la faisait avec l'intention de tromper la Cour. L'article 120 du *Code criminel* se lit comme suit:

Every one commits perjury who, being a witness in a judicial proceeding, with intent to mislead gives false evidence, knowing that the evidence is false.

It is common ground that the accused gave evidence that was false and that he knew that it was false. The only question to be considered here is whether this was done "with intent to mislead the Court".

Counsel for the appellant contended that the accused by answering that he could not remember could not be said to have any intent to mislead the Court when there was no other evidence against which his failure of recollection could be measured. The Court, it was submitted, could not be misled when there was nothing before it to lead it into error. In short, the submission is that the failure to give any affirmative response by asserting a want of recollection of events, which the accused had described in out of court oral and written statements, cannot involve an intent to mislead the Court when there was no other evidence to give concreteness to the lapse of memory. Reliance was placed upon *R. v. Patterson* in support of these contentions.

In *R. v. Patterson,* there was a similar failure of recollection by a witness at a preliminary inquiry. He had been interviewed by two police officers on January 30, 1966, in connection with a shooting death that had occurred the previous day and had a conversation with them about the involvement of one Newman in the shooting. When asked at the time to give a written statement, the accused replied "You know me better than that". At Newman's preliminary inquiry about seven weeks later the accused was called as a witness, and when asked about his conversation with the police officers he said that he could not recall any such conversation. In his words at the time, "I forgot anything . . . if I said anything I forgot anything I did say". His appeal from a conviction of perjury was allowed by the Saskatchewan Court of Appeal in reasons delivered by Culliton C.J.S. with whom Hall J.A. agreed and in concurring reasons by Maguire J.A., Culliton C.J.S. concluded that the

Commet un parjure, quiconque, étant témoin dans une procédure judiciaire, avec l'intention de tromper rend un faux témoignage, sachant que le témoignage est faux.

Il est reconnu de part et d'autre que l'inculpé a rendu un faux témoignage et qu'il savait que ce témoignage était faux. La seule question à examiner en l'espèce est de savoir s'il l'a rendu «avec l'intention de tromper la Cour».

L'avocat de l'appelant a soutenu l'impossibilité d'affirmer que l'inculpé, lorsqu'il a répondu ne pas se souvenir des faits, avait l'intention de tromper la Cour, s'il n'existe aucune autre preuve permettant d'évaluer son défaut de mémoire. La Cour, a-t-on prétendu, ne saurait être trompée alors qu'il n'y avait rien devant elle qui puisse l'induire en erreur. En bref, soutient-on, le défaut de donner une réponse affirmative, en évoquant l'absence de mémoire à propos d'événements que l'inculpé avait décrits dans les déclarations orales et écrites faites hors Cour, ne peut impliquer l'intention de tromper la Cour lorsqu'il n'existe aucune autre preuve pour donner un caractère concret à cette absence de mémoire. On a cité l'arrêt *R. v. Patterson* a l'appui de ces prétentions.

L'arrêt *R. v. Patterson* portait également sur le défaut de mémoire d'un témoin lors d'une enquête préliminaire. Deux agents de police l'avaient interrogé le 30 janvier 1966 à propos d'un décès consécutif à une fusillade survenue la veille et il leur avait parlé de la participation d'un certain Newman à cette fusillade. Lorsque vint le temps de rédiger une déclaration, l'inculpé a répondu: [TRADUCTION] «Pour qui me prenez-vous?». Environ sept semaines plus tard, lors de l'enquête préliminaire de Newman, on a interrogé sur sa conversation avec les agents de police l'inculpé, cité comme témoin, qui a répondu ne pas se rappeler avoir eu une telle conversation. Voici en quels termes: «j'ai tout oublié . . . si j'ai dit quelque chose, j'ai oublié tout ce que j'ai dit». La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel de sa condamnation pour parjure, dans des motifs rédigés par le Juge Culliton, juge en chef de la Saskatchewan, auxquels le Juge d'appel Hall a souscrit, de

Crown had failed to establish the "intent to mislead, that is . . . intent to lead the Court into error or to cause the Court to err". He elaborated this conclusion as follows (at p. 156 of [1968] 2 C.C.C.):

Clearly the appellant did not intend to assist the Court and it may properly be said that his attitude was of hostility and his intent one of obstruction. Such states of mind, however, do not constitute an intent to mislead. Here the appellant said nothing—he gave no evidence upon which the Court could draw any inference or reach any conclusion. As a matter of fact, he neither admitted nor denied making a statement to the police officers but confined his testimony to the statement that if he had done so, he had now forgotten. Such a statement, even if false, is a negative one and cannot be construed as the giving of false evidence with the intent to mislead the Court.

Maguire J.A. stated that he confined himself to the particular facts and that "the particular testimony forming the basis of the charge of perjury was not evidence admissible on the issue of the guilt of the accused then under trial, and the prosecution has failed to establish the intent to mislead, necessary to constitute the offence".

In my opinion, the *Patterson* case is indistinguishable on its facts and in its principle from the present case, and I hold it to have been wrongly decided. The distinction that Maguire J.A. would draw between evidence that is admissible on the issue of guilt and evidence that is not so admissible is not in itself a tenable one when regard is had to s. 107 of the *Criminal Code*, defining "evidence" for the purpose of that part of the *Criminal Code* which contains the perjury section as "an assertion of fact, opinion, belief or knowledge whether material or not and whether admissible or not". Conceivably, it may be appropriate in a particular case as precluding an inference that there was an intent to mislead. It should be noted too that the fact that in a particular case the Court could not

même que dans des motifs concordants rédigés par le Juge d'appel Maguire. Le Juge en chef Culliton a conclu que la Couronne n'avait pas établi [TRADUCTION] l'«intention de tromper, c'est-à-dire, . . . l'intention d'induire la Cour en erreur ou de faire en sorte que la Cour se trompe». Il a exposé plus en détail cette conclusion comme suit (à la p. 156 du volume [1968] 2 C.C.C.):

[TRADUCTION] L'appelant n'avait évidemment pas l'intention de prêter son concours à la justice et l'on peut à bon droit déclarer qu'il manifestait une attitude hostile et avait l'intention de faire de l'obstruction. De tels états d'esprit ne constituent cependant pas une intention de tromper. En l'espèce, l'appelant n'a rien dit, il n'a fourni aucun témoignage permettant à la Cour de faire une déduction ou de tirer une conclusion. En fait, il n'a ni reconnu ni nié avoir fait une déclaration aux agents de police, mais il s'est borné à affirmer dans son témoignage que, s'il en avait fait une, il l'avait maintenant oubliée. Cette affirmation, même si elle est fausse, est négative et ne peut s'interpréter comme étant un faux témoignage donné avec l'intention de tromper la Cour.

Le Juge d'appel Maguire a déclaré s'être limité aux faits particuliers de l'espèce et, selon lui [TRADUCTION] «le témoignage précis, à la base de l'accusation de parjure, n'était pas un témoignage recevable en ce qui concerne la culpabilité de celui qui était alors inculpé, et la poursuite n'a pas établi l'intention de tromper, qui est un élément indispensable de l'infraction».

A mon avis, les faits et les principes en jeu dans l'arrêt *Patterson* sont tout à fait semblables à ceux de l'espèce présente, et je conclus que la décision de cet arrêt-là est erronée. La distinction que le Juge d'appel Maguire voulait établir entre un témoignage qui est recevable sur la question de la culpabilité et celui qui ne l'est pas ne peut en soit se défendre vu l'art. 107 du *Code criminel* qui définit l'expression «témoignage» ou «déposition», pour l'application de cette partie du *Code criminel* contenant l'article sur le parjure, comme «une assertion de fait, opinion, croyance ou connaissance, qu'elle soit essentielle ou non et qu'elle soit admissible ou non». Il est concevable que cette distinction permette dans une espèce donnée de conclure à l'absence de l'intention de tromper. Il y a lieu de remar-

be or would not be misled does not alone preclude a finding that there was an intent to mislead. I am in agreement with Cartwright J., as he then was, in *Calder v. The Queen*[4], at p. 897, that "it may well be that if there were evidence to support findings that the appellant had given evidence false in fact knowing it to be false the tribunal of fact, in the absence of other evidence as to his intention, could properly draw the inference that in so doing he intended to mislead the Court". In the *Calder* case, the accused was an innocent bystander who, under subpoena, became a witness in a divorce case, and he erred in his recollection of events occurring more than a year before. It was held that mere error afforded no basis for finding that he either knowingly gave false evidence or intended to mislead the Court.

The present case, like the *Patterson* case, is not one of mere error, honestly made. The circumstances of each, with almost the same lapse of time between the statements given and the judicial proceeding at which the accused was a witness (reinforced in the present case by the fact that the statement was written and was confirmed by the accused just before the preliminary inquiry began) amply justify a conclusion that the failure of recollection was dishonest and deliberately asserted to prevent the Court from arriving at a decision upon credible evidence. I do not see how by merely being negative (according to the assessment made in the *Patterson* case) a person charged with perjury can, on that ground alone, escape conviction when his negative evidence ("I can't remember") has been found to have been false and knowingly so.

It may be that drawing an inference of an intent to mislead is more difficult where "can't remember" evidence is given or "I forget" evidence is given than where a witness lies about a fact about which he gave an out-of-court statement or alters the narrative previously given by

[4] [1960] S.C.R. 892.

quer également que le fait que, dans une espèce donnée, la Cour ne pourrait se tromper ou ne se serait pas trompée, n'empêche pas à lui seul de conclure à l'intention de tromper. Je suis d'accord avec M. le Juge Cartwright, tel était alors son titre, qui a déclaré, à la p. 897 de l'arrêt *Calder c. La Reine*[4], ce qui suit: [TRADUCTION] «il n'est pas du tout exclu que s'il y avait preuve selon laquelle l'appelant avait sciemment rendu un faux témoignage le tribunal du fait, en l'absence d'autres témoignages sur son intention, pourrait à bon droit conclure qu'en agissant ainsi il avait l'intention de tromper la Cour». Dans l'affaire *Calder*, l'inculpé, spectateur innocent qui, sur assignation, est devenu témoin dans une affaire de divorce, s'est trompé dans l'évocation de faits survenus plus d'un an auparavant. Une simple erreur, a-t-on décidé, ne permettait nullement de conclure qu'il avait sciemment fait un faux témoignage, ou qu'il avait eu l'intention de tromper la Cour.

L'espèce présente, comme l'affaire *Patterson*, ne porte pas sur une simple erreur, faite de bonne foi. Les circonstances de chacune des deux espèces, alors que s'est écoulée presque la même période de temps entre les déclarations et la procédure judiciaire dans laquelle l'inculpé était témoin (de plus, en l'espèce présente, l'inculpé a confirmé sa déclaration écrite juste avant le début de l'enquête préliminaire) permettent amplement de conclure que le défaut de mémoire était malhonnête et délibérément allégué pour empêcher la Cour de statuer sur la base de témoignages croyables. Je ne vois pas comment, simplement en adoptant une attitude négative (selon l'évaluation faite dans l'arrêt *Patterson*), une personne accusée de parjure peut, pour ce seul motif, éviter une condamnation lorsqu'il est prouvé que son témoignage négatif («je ne peux me souvenir») était faux et qu'elle le savait.

Il se peut qu'il soit plus difficile de conclure à l'intention de tromper lorsque le témoignage consiste à dire: «je ne peux me souvenir» ou «j'oublie», que lorsqu'un témoin ment à propos d'un fait sur lequel il a fait une déclaration hors cour ou change sa relation antérieure des faits

[4] [1960] R.C.S. 892.

positive falsification or variation. This does not, however, go to a different legal measure on the question of culpability. The law of perjury, a necessary sanction in the administration of justice, would become toothless if a calculated lapse of memory was enough to defeat it. The quest for truth, so far as a court can discern it from evidence, can be as easily frustrated by false negative evidence as by false positive evidence. In this sense the falsity has positive consequences in either event.

There may be cases in which knowing falsification will not support an inference of intent to mislead, but this is not one of them. The *Calder* case indicates that to falsify knowingly is not invariably enough for a conviction of perjury, and I take the same view. In this respect, the point made in the *Patterson* case, that in Canada (as distinguished from other jurisdictions) proof of an intent to mislead is necessary to conviction, is worth restatement. It is the ratio of the *Patterson* case that is unacceptable.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Harradence, Waite & Co., Calgary.*

*Solicitor for the respondent: R. B. Nelles, Calgary.*

par une falsification ou modification positive. Cela ne va cependant pas jusqu'à donner une mesure juridique différente à la question de la culpabilité. Le droit relatif au parjure, sanction juridique nécessaire dans l'administration de la justice, serait totalement émoussé si une perte de mémoire calculée suffisait à y faire obstacle. La recherche de la vérité, dans la mesure où un tribunal peut la trouver dans un témoignage, peut être contrecarrée tout autant par un témoignage négatif faux que par un témoignage positif faux. En ce sens, le faux a des conséquences positives dans chaque cas.

Il se peut que des cas se présentent où une falsification consciente ne permet pas de conclure à l'intention de tromper, mais ce n'est pas le cas ici. L'arrêt *Calder* indique qu'une falsification consciente n'est pas invariablement suffisante pour aboutir à une condamnation pour parjure, et je partage ce point de vue. A cet égard, le point de vue exprimé dans l'arrêt *Patterson*, selon lequel au Canada (à la différence d'autres ressorts), la preuve de l'intention de tromper est nécessaire pour obtenir une condamnation, mérite d'être réaffirmé. C'est la *ratio decidendi* de l'arrêt *Patterson* qui est inacceptable.

Je suis d'avis de rejeter l'appel.

*Appel rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Harradence, Waite & Co., Calgary.*

*Procureur de l'intimée: R. B. Nelles, Calgary.*

**Hôtel-Dieu de Montréal** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Jean Couloume** (*Plaintiff*) *Respondent.*

1974: March 20, 21; 1974: May 27.

Present: Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Fault—Fracture of the hip—Unforeseen epileptic seizure—No presumption of fault.*

Respondent, after being hospitalized initially in appellant institution suffering from rupture of a cerebral aneurism in the right hemisphere, was re-admitted for observation and examination because his condition had worsened. He then for the first time began to have epileptic seizures and attempted to leave his bed, which prompted his doctor to order that sides be installed. Because he complained of pain in his thigh, an X-ray was taken and it indicated a fracture of the right hip resulting probably from a fall from his bed. The judgment of the Superior Court dismissing respondent's action was reversed by the Court of Appeal, with a dissent. Hence the appeal to this Court.

*Held:* The appeal should be allowed.

The fundamental question is as follows: Has it been shown that the person whose responsibility is in issue was the author of the fact that caused the damage? In the case at bar the patient himself probably caused the fracture by throwing himself out of his bed. The accident probably occurred in the course of an unexpected epileptic seizure suffered by the patient which, so far as is known, was happening for the first time. There is no basis, therefore, for a finding of fault attributable to an employee of the hospital. The facts proven do not call for the application of the presumption of fault applied in *Martel v. Hôtel-Dieu St. Vallier*, [1969] S.C.R. 745.

*Parent v. Lapointe*, [1952] 1 S.C.R. 376; *Cardin v. City of Montreal*, [1961] S.C.R. 655; *Martel v. Hôtel-Dieu St. Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Sisters of St. Joseph v. Villeneuve*, [1975] 1 S.C.R. 285, reversing [1972] 2 O.R. 119, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of

**Hôtel-Dieu de Montréal** (*Défenderesse*) *Appelante*;

et

**Jean Couloume** (*Demandeur*) *Intimé.*

1974: les 20 et 21 mars; 1974: le 27 mai.

Présents: Les Juges Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Faute—Fracture de la hanche—Épisode épileptique imprévu—Aucune présomption de faute.*

L'intimé, après avoir été hospitalisé une première fois dans l'institution appelante pour cause de rupture d'un anévrisme cérébral de l'hémisphère droit, fut admis de nouveau pour observation et examen à cause d'une aggravation de son état. Pour la première fois il a commencé à faire des épisodes épileptiques et essayé de s'échapper de son lit ce qui motiva l'ordre du médecin d'installer des côtés de lit. Comme il se plaignait de douleurs à la cuisse, une radiographie fut prise et révéla une fracture de la hanche droite résultant probablement d'une chute en bas du lit. Le jugement de la Cour supérieure rejetant la poursuite de l'intimé fut infirmé par la Cour d'appel, avec dissidence. D'où le pourvoi à cette Cour.

*Arrêt:* Le pourvoi doit être accueilli.

La question primordiale est la suivante: a-t-on prouvé que la personne que l'on veut tenir responsable est l'auteur du fait dommageable? Dans la présente cause c'est vraisemblablement le patient lui-même qui s'est causé la fracture en se jetant en bas de son lit. L'accident est vraisemblablement survenu au cours d'un épisode épileptique imprévu chez ce patient qui, semble-t-il, en souffrait pour la première fois. Il n'y a donc rien qui permette de conclure à l'existence d'une faute imputable à un préposé de l'hôpital. Les faits prouvés ne donnent pas lieu à l'application d'une présomption de faute comme dans l'affaire *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745.

Arrêts mentionnés: *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376; *Cardin c. Cité de Montréal*, [1961] R.C.S. 655; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Les Sœurs de St-Joseph c. Villeneuve*, [1975] 1 R.C.S. 285 infirmant [1972] 2 O.R. 119.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de

Queen's Bench, Province of Quebec[1], reversing a decision of the Superior Court dismissing the action. Appeal allowed.

*Claude Tellier, Q.C.*, for the defendant-appellant.

*Claude Dugas, Q.C.*, for the plaintiff-respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This appeal is against a judgment of the Court of Appeal of Quebec reversing, Rinfret J.A. dissenting, the judgment of the Superior Court dismissing respondent's action for lack of evidence of negligence attributable to the hospital.

In 1962 plaintiff was hospitalized for two months in the appellant institution, suffering from rupture of a cerebral aneurism in the right hemisphere. He then had to take a year's rest because he was paralyzed on his left side. After this rest he was able to return to work. Towards the end of May 1965 his doctor found a worsening condition, numbness in the upper and lower left limbs, intermittent headaches and so on. Respondent was re-admitted to the appellant institution for observation and examination on June 2, 1965.

On June 9 Dr. André Barbeau, who was responsible for the patient at that time, found that he was extremely nervous, sought a consultation with a psychiatrist and asked for an arteriogram. The patient refused to submit to this examination, or to a lumbar puncture. Between the 11th and 12th the patient for the first time began to have epileptic seizures. Dr. Barbeau, realizing that his patient had attempted to leave his bed, ordered that sides be installed. The patient's agitated and confused condition not only persisted, he also began to complain of pain in his right thigh. Dr. Barbeau ordered an X-ray, which was taken on June 17, and which indicated a fracture of the right hip. On this point the trial judge said:

[1] [1973] C.A. 846.

la reine, province de Québec[1], infirmant un jugement de la Cour supérieure rejetant l'action. Appel accueilli.

*Claude Tellier, c.r.*, pour la défenderesse, appelante.

*Claude Dugas, c.r.*, pour le demandeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui, avec la dissidence de M. le Juge Rinfret, a infirmé le jugement de la Cour supérieure qui a rejeté la poursuite de l'intimé faute de preuve de négligence imputable à l'hôpital.

En 1962, le demandeur a été hospitalisé deux mois dans l'institution appelante. Il souffrait alors de la rupture d'un anévrisme cérébral de l'hémisphère droit. Il dut ensuite prendre un repos d'un an parce qu'il était paralysé du côté gauche. Il fut ensuite en mesure de travailler. Vers la fin de mai 1965, son médecin constata une aggravation, des engourdissements aux membres supérieur et inférieur gauches, des céphalées intermittentes, etc. L'intimé fut alors admis de nouveau chez l'appelante pour observation et examen le 2 juin 1965.

Le 9 juin, le docteur André Barbeau qui avait alors le patient sous ses soins, a constaté qu'il était extrêmement anxieux, a requis une consultation d'un psychiâtre et demandé une artériographie. Le patient a refusé de se soumettre à cet examen ainsi qu'à une ponction lombaire. Du 11 au 12, le patient a pour la première fois commencé à faire des épisodes épileptiques. Le docteur Barbeau, ayant réalisé que son patient avait essayé de s'échapper de son lit, a ordonné l'installation des côtés de lit. Non seulement l'état d'agitation et de confusion persista chez le malade mais il se mit aussi à se plaindre de douleur à la cuisse droite. Le docteur Barbeau requit une radiographie qui fut prise le 17 juin et dont l'examen révéla une fracture de la hanche droite. A ce sujet, le premier juge dit:

[1] [1973] C.A. 846.

[TRANSLATION] From the evidence submitted it is clear that this fracture was the result of a fall plaintiff apparently made about June 12. There is no way of ascertaining the date and circumstances of this fall, as plaintiff could not remember it.

The Court of Appeal did not question the validity of this finding, but felt it should hold the institution liable by application of the rule on presumptions of fact stated by Taschereau J. in *Parent v. Lapointe*[2], at p. 381, a rule held applicable to medical responsibility in *Cardin v. City of Montreal*[3], and again applied in *Martel v. Hôtel-Dieu St. Vallier*[4].

With respect, I must say that the ambit of this rule was entirely misunderstood, as Rinfret J.A. clearly indicated in his dissenting reasons, which it might suffice for the Court to adopt. However, since Deschênes J.A. relies essentially on what he calls the "added clarification" in the *Martel* decision, I feel I should reproduce *in toto* the paragraph in which the remarks of Taschereau J. are quoted (pp. 748-749):

[TRANSLATION] Then, it should be noted that at the trial the defendants admitted that the injury sustained by the plaintiff was caused by the caudal anaesthesia administered to him. However, they challenge the validity of the conclusion drawn from this admission, concerning the existence of a fault in the administration of the anaesthesia. The principle on which this conclusion was based was formulated as follows by Taschereau J. (as he then was) in a unanimous judgment of this Court, *Parent v. Lapointe* [1952] 1 S.C.R. 376, at p. 381, [1952] 3 D.L.R. 18.

> When, in the normal course of things, an event ought not to take place, but happens just the same, and causes damage to another, and when it is evident that it would not have happened if there had not been any negligence, then it is for the author of this fact to show that there was an unknown cause, for which he cannot be held responsible and which is the source of the damage. If the one who had control of the thing succeeds in establishing to the satisfaction of the Court the

[2] [1952] 1 S.C.R. 376.
[3] [1961] S.C.R. 655.
[4] [1969] S.C.R. 745.

D'après la preuve soumise il est évident que cette fracture résulte d'une chute que le demandeur aurait faite vers le 12 juin. Rien ne permet de préciser la date et les circonstances de cette chute, le demandeur n'en ayant pas souvenir.

La Cour d'appel n'a pas mis en doute le bien-fondé de cette affirmation mais elle a cru pouvoir conclure à la responsabilité de l'institution par application de la règle sur la présomption de fait énoncée par M. le Juge Taschereau dans *Parent c. Lapointe*[2], à la p. 381, règle qui a été déclarée applicable à la responsabilité médicale dans *Cardin c. Cité de Montréal*[3], et appliquée de nouveau dans *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*[4].

Avec respect, il me faut dire que l'on s'est totalement mépris sur la portée de cette règle, ainsi que M. le Juge Rinfret l'expose fort bien dans ses motifs de dissidence auxquels il pourrait suffire de souscrire. Mais, puisque M. le Juge Deschênes se fonde essentiellement sur ce qu'il appelle «les précisions apportées» dans l'arrêt *Martel*, il me paraît utile de reproduire en entier l'alinéa où l'énoncé de M. le Juge Taschereau y est cité (pp. 748-749):

Ensuite, il faut noter que les défendeurs ont admis au procès que le préjudice subi par le demandeur avait été causé par l'anesthésie caudale qui lui a été administrée. Ils contestent cependant le bien-fondé de la conclusion que l'on en a tirée à l'existence d'une faute dans l'administration de l'anesthésie. Le principe sur lequel on s'est fondé pour conclure ainsi a été énoncé comme suit par le juge Taschereau (avant de devenir juge en chef) dans un arrêt sans dissidence de cette Cour, *Parent c. Lapointe* [1952] 1 R.C.S. 376 à 381, [1952] 3 D.L.R. 18.

> Quand, dans le cours normal des choses, un événement ne doit pas se produire, mais arrive tout de même, et cause un dommage à autrui, et quand il est évident qu'il ne serait pas arrivé s'il n'y avait pas eu de négligence, alors, c'est à l'auteur de ce fait à démontrer qu'il y a une cause étrangère, dont il ne peut être tenu responsable et qui est la source de ce dommage. Si celui qui avait le contrôle de la chose réussit à établir à la satisfaction de la Cour,

[2] [1952] 1 R.C.S. 376.
[3] [1961] R.C.S. 655.
[4] [1969] R.C.S. 745.

existence of an extrinsic fact, he has the right to the benefit of exoneration.

It is important to note how Taschereau J. describes the person against whom the presumption operates: "it is for the author of this fact", in other words the *author* of the fact which caused the damage. In the *Parent* case, the *author* of the fact was the driver of the car; in *Cardin,* it was the doctor who did the vaccination; in *Martel,* it was the anaesthetist who gave the injection. As is stated right at the beginning of the paragraph I have quoted, *this was admitted* in that case. This is why it is said further down, at the beginning of the passage quoted by Deschênes J.A. (the "clarification") (at p. 749):

[TRANSLATION] The only point to be considered, therefore, is whether the evidence was sufficient to support the conclusion that in all probability what happened would not have occurred in the absence of fault.

This sentence only states what the situation was in that case in the light of the *admitted facts.* It is not a statement of a general rule, and in no way modifies the rule laid down in *Parent v. Lapointe.* Yet, after also quoting that rule verbatim, Deschênes J.A. says:

[TRANSLATION] In the light of these principles, which have been well settled by the courts, the following questions must be asked:

(a) was there an abnormal event during appellant's hospitalization?

(b) did that event cause damage to appellant?

(c) is it clear that the event would not have happened if there had not been negligence on the part of respondent?

(d) if so, has respondent proven that the injury should rather be attributed to an intervening cause for which it cannot be held responsible?

It is easy to see that this statement is not in accord with that of Taschereau J. It overlooks the fundamental question: is the person whose responsibility is at issue the *author* of the fact? In *Martel,* this question did not arise since it was *admitted* that the anaesthetist was the author of the fact which caused the damage. So

l'existence du fait extrinsèque, il aura droit au bénéfice de l'exonération.

Il importe de noter comment M. le Juge Taschereau décrit la personne visée par la présomption: «c'est à l'auteur de ce fait», dit-il, c'est-à-dire à l'*auteur* du fait qui a causé le dommage. Dans l'affaire *Parent, l'auteur* du fait c'était le conducteur de l'automobile; dans l'affaire *Cardin,* c'était le médecin qui avait fait la vaccination; dans *Martel,* c'était l'anesthésiste qui avait donné l'injection. Comme il est mentionné au tout début de l'alinéa que je viens de citer, *cela était admis* en l'occurrence. Voilà pourquoi on lit plus loin au début du passage cité par M. le Juge Deschênes («les précisions») (à la p. 749):

Il faut donc uniquement rechercher si la preuve faite était suffisante pour permettre de conclure qu'en toute probabilité ce qui s'est produit ne serait pas arrivé en l'absence de faute.

Cette phrase expose uniquement ce qu'était la situation dans cette cause-là en regard des *faits admis.* Ce n'est aucunement un énoncé général et ne modifie en aucune manière la règle établie dans *Parent c. Lapointe.* Or, après avoir lui aussi cité cette règle textuellement, M. le Juge Deschênes dit:

A la lumière de ces principes consacrés par la jurisprudence, il faut donc se poser les questions suivantes:

a) s'est-il produit un événement étranger au cours normal de l'hospitalisation de l'appelant?

b) cet événement a-t-il causé un dommage à l'appelant?

c) est-il évident que cet événement ne serait pas arrivé s'il n'y avait pas eu négligence de la part de l'intimé?

d) dans l'affirmative, l'intimé a-t-il démontré que le dommage doit être plutôt attribué à une cause étrangère dont il ne peut être tenu responsable?

Il est facile de constater que cette formulation n'est pas d'accord avec l'énoncé de M. le Juge Taschereau. On y omet la question primordiale: la personne que l'on veut tenir responsable est-elle *l'auteur* du fait? Dans *Martel,* cette question ne se posait pas puisqu'il était *admis* que l'anesthésiste était l'auteur du fait qui a causé le

far as the hospital was concerned, it was held liable in its capacity of employer, for damage caused by its employee in the performance of his duties, because this Court concluded that such was the anaesthetist's position in the circumstances of the case, not because the court applied a presumption of fault against the institution. Nowhere in that case, or in *Parent* and *Cardin*, was there any suggestion of applying this presumption to anyone other than the *author* of the prejudicial event.

In this connection, it seems proper to point out that recently this Court[5] reversed the judgment of the Court of Appeal of Ontario in *Villeneuve v. Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie*[6] holding the hospital jointly liable with the anaesthetist for the consequences of an injection of pentothal into an artery instead of a vein. The anaesthetist was not an employee of the hospital, and his professional negligence was only shown by the result of the injection. The majority in this Court held that liability for the accident could not also be imputed to the nurses responsible for restraining the patient, a young struggling child.

In the case at bar, there is no evidence that the author of the fact which caused the damage was an employee of the hospital. On the contrary, it was found by the trial judge that the patient himself probably caused the fracture by throwing himself out of his bed, and the Court of Appeal did not differ on this point. It seems clear that the accident occurred in the course of an epileptic seizure suffered by the patient, which so far as is known was happening for the first time. The doctors had not foreseen such a thing, and they are not charged with professional negligence.

It follows, therefore, that in the case at bar there is no basis for a finding of fault attributable to an employee of the hospital, and the

[5] [1975] 1 S.C.R. 285.
[6] [1972] 2 O.R. 119.

dommage. Pour ce qui est de l'hôpital, la responsabilité retenue l'a été à titre d'employeur pour un dommage causé par son préposé dans l'exécution de ses fonctions parce que cette Cour en est venue à la conclusion qu'en l'occurrence, telle était la situation de l'anesthésiste, mais non parce qu'on aurait appliqué à l'institution une présomption de faute. Nulle part dans cette affaire-là, comme dans *Parent* et dans *Cardin*, il n'a été question d'appliquer cette présomption autrement qu'à *l'auteur* du fait dommageable.

A ce sujet, il me paraît à propos de signaler que tout récemment notre Cour[5] a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Villeneuve v. Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie*[6] où elle avait tenu l'hôpital responsable conjointement avec l'anesthésiste des conséquences d'une injection de pentothal dans une artère au lieu d'une veine. L'anesthésiste n'était pas le préposé de l'hôpital et sa faute professionnelle n'était démontrée que par le résultat de l'injection. La majorité en notre Cour a statué que l'on ne pouvait pas également imputer la responsabilité de l'accident aux infirmières chargées d'immobiliser le patient, un jeune enfant qui se débattait.

Dans la présente cause, il n'y a aucune preuve que l'auteur du fait dommageable soit un préposé de l'hôpital. Au contraire, la conclusion du premier juge c'est que vraisemblablement, c'est le patient lui-même qui s'est causé la fracture en se jetant en bas de son lit et la Cour d'appel n'a pas différé d'opinion à ce sujet. Il est assez clair que l'accident est survenu au cours d'un épisode épileptique subi par ce patient qui, en autant qu'on sache, en souffrait pour la première fois. Les médecins n'avaient rien prévu de tel et aucune faute professionnelle ne leur est imputée.

Il faut donc dire que dans la présente cause, il n'y a rien qui permette de conclure à l'existence d'une faute imputable à un préposé de l'hôpital

[5] [1975] 1 R.C.S. 285.
[6] [1972] 2 O.R. 119.

facts proven do not call for the application of the presumption applied in *Martel*.

I accordingly conclude that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and the judgment of the Superior Court restored with costs throughout against the respondent.

*Appeal allowed with costs in all Courts.*

*Solicitors for the defendant, appellant: Desjardins, Ducharme, Desjardins, Tellier, Zigby & Michaud, Montreal.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent: Dugas, Dugas & Gagnon, Joliette.*

et que les faits prouvés ne donnent pas lieu à l'application de la présomption retenue dans l'affaire *Martel*.

Je conclus donc que le pourvoi doit être accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel infirmé et le jugement de la Cour supérieure rétabli avec dépens contre l'intimé dans toutes les cours.

*Appel accueilli avec dépens dans toutes les Cours.*

*Procureurs de la défenderesse, appelante: Desjardins, Ducharme, Desjardins, Tellier, Zigby & Michaud, Montréal.*

*Procureurs du demandeur, intimé: Dugas, Dugas & Gagnon, Joliette.*

**Arthur Frederick Bert Fuller** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

1973: January 30; 1973: December 21.

Present: Fauteux C.J. and Martland, Judson, Spence and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law—Narcotics—Possession—Apartment door forced open by police after being shut by accused—Accused standing in livingroom—Smell of hashish—Another person found in bathroom attempting to dispose of drugs—Plastic straw found to contain residue of hashish—Inevitable and overwhelming conclusion that other person had possession of drugs with consent and knowledge of accused.*

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba setting aside acquittals of the accused on charges of (1) possession of cannabis resin for the purpose of trafficking and (2) unlawful possession of LSD. Appeal dismissed.

*M. Kaufman,* for the appellant.

*S. F. Sommerfeld, Q.C.,* and *J. E. Hodges,* for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—The accused was charged on two counts: first, possession of cannabis resin for the purpose of trafficking, and second, unlawful possession of a restricted drug, Lysergic Acid Diethylamide. He was acquitted at trial on both counts. The Manitoba Court of Appeal unanimously set aside these acquittals, made a finding of possession on each count and remitted for trial the issue whether the possession of cannabis resin was for the purpose of trafficking, in accordance with s. 8 of the *Narcotics Control Act.*

These are the facts on which the charges were based. Shortly after midnight January 18, 1970,

**Arthur Frederick Bert Fuller** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

1973: le 30 janvier; 1973: le 21 décembre.

Présents: Le Juge en chef Fauteux et les Juges Martland, Judson, Spence, et Pigeon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel—Stupéfiants—Possession—Porte de l'appartement forcée par la police après avoir été fermée par l'inculpé—Inculpé se tenant debout dans le vivoir—Odeur de haschisch—Autre personne trouvée dans la salle de bain essayant de se débarasser de la drogue—Découverte d'une paille en plastique contenant un résidu de haschisch—Conclusion inévitable et irréfragable que cette autre personne était en possession de drogues avec le consentement et la connaissance de l'inculpé.*

POURVOI à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel du Manitoba écartant les acquittements de l'inculpé sous les chefs de (1) possession de résine de cannabis pour en faire le trafic et (2) possession illégale de LSD. Pourvoi rejeté.

*M. Kaufman,* pour l'appelant.

*S. F. Sommerfeld,* c.r., et *J.E. Hodges,* pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—L'accusé a été inculpé sous deux chefs d'accusation: possession de résine de cannabis pour en faire le trafic, et possession illicite de diéthylamide d'acide lysergique, une drogue d'usage restreint. Il fut acquitté des deux chefs d'accusation au procès. La Cour d'appel du Manitoba, à l'unanimité, a écarté ces deux acquittements, a conclu, à l'égard de chaque chef, qu'il y avait eu possession, et, en application de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, a ordonné que l'affaire soit instruite sur la question de savoir si la possession de résine de cannabis était destinée au trafic.

Voici les faits qui ont servi de fondement aux accusations. Peu après minuit le 18 janvier

the police went to the apartment of the accused. They knocked on the door and after a few moments' delay, the door was opened by the accused to the extent of the night chain. He was then informed that the callers were police and was requested to open the door. He slammed the door shut. The police again identified themselves, told the accused that they had a warrant and after a very short wait, forced open the door, which was still on the chain. When the police entered the suite the accused was standing in the livingroom near the door. No one else was in that area. They heard the toilet being flushed in the bathroom. The door to the bathroom was locked. It was forced open and the police found one Robert Pike, who lived at another address, on his knees with his hands in the toilet, attempting to force a plastic bag down it. They seized this bag and the contents were later analysed and found to contain cannabis resin (hashish) and Lysergic Acid Diethylamide. When he was shown the contents of the plastic bag, the accused said that it was the first time that he has seen it, that he guessed it belonged to Pike, and that his roommate Desjardins knew nothing about it. In the bedroom of the suite the police found one Ronald Desjardins, who was in bed and apparently asleep.

A further search was made of the suite, and behind the chesterfield in the livingroom was found a plastic straw which, on analysis, was found to contain a residue of hashish. The evidence of one of the detectives was that when he entered the suite, there was a smell of hashish in the livingroom. On cross-examination, he refused to agree that this smell might have been the smell of incense. The content of an ashtray in the suite were also seized and analyzed but the analysis did not disclose that these contents contained any narcotic or drug. This was the sum total of the evidence. The accused did not testify nor did he call any evidence.

On this evidence the trial judge refused to make a finding that the accused had possession

1970, des policiers se sont rendus à l'appartement de l'accusé. Ils ont frappé à la porte et, quelques moments plus tard, l'accusé a entrouvert la porte que retenait une chaîne de sécurité. On lui dit que c'était la police et on lui demanda d'ouvrir. Il ferma la porte en la faisant claquer. Les agents ont dit encore une fois qui ils étaient, informé l'accusé qu'ils avaient un mandat et, après une très courte attente, forcé la porte qui était toujours retenue par la chaîne. Quand les agents sont entrés dans l'appartement, l'accusé se tenait debout dans le vivoir près de la porte. Il n'y avait personne d'autre dans cette pièce. Les agents ont entendu la chasse d'eau dans la salle de bain. La porte de la salle de bain était fermée à clé. Elle fut enfoncée et les agents ont trouvé, à genoux et les mains dans le cabinet, essayant d'y faire descendre un sac en plastique, un nommé Robert Pike, qui habitait à une adresse différente. Ils ont saisi le sac, dont le contenu, ultérieurement analysé, révéla la présence de résine de cannabis (haschisch) et de diéthylamide d'acide lysergique. Lorsqu'on lui a montré le contenu du sac en plastique, l'accusé a dit qu'il le voyait pour la première fois, qu'il supposait que le sac appartenait à Pike, et que son compagnon d'appartement, Desjardins, ne savait rien à ce sujet. Dans la chambre à coucher de l'appartement les agents ont trouvé un nommé Ronald Desjardins, qui était au lit et semblait dormir.

L'appartement fut de nouveau fouillé, et en arrière du chesterfield dans le vivoir on a trouvé une paille en plastique qui, d'après l'analyse, contenait un résidu de haschisch. L'un des détectives a témoigné que lorsqu'il est entré dans l'appartement, il y avait une odeur de haschisch dans le vivoir. En contre-interrogatoire, il a refusé de convenir que cette odeur pouvait être une odeur d'encens. Le contenu d'un cendrier dans l'appartement fut aussi saisi et analysé mais l'analyse n'a révélé aucune trace de stupéfiant ou de drogue. C'est là toute la preuve. L'accusé n'a pas déposé et n'a pas fait entendre de témoins.

Devant cette preuve, le juge de première instance a refusé de conclure que l'accusé avait eu

either of the hashish or LSD. He held that there was no evidence that the accused was aware of the presence of these drugs, and also, that when the police officer said that he smelled hashish, what he actually smelled might have been incense. The Court of Appeal, on the facts as proved, held that the conclusion was inevitable and overwhelming that Pike (the person who was trying to dispose of the drugs) had possession of the hashish and LSD with the consent and knowledge of the accused, and that in refusing to act on the evidence, the trial judge was resorting to speculative, irrational and conjectural conclusions.

I am in complete agreement with the reasons delivered in the Court of Appeal. I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Yanofsky, Pollock & Associates, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

en sa possession du haschisch ou du LSD. Il a statué qu'aucun élément de preuve n'indiquait que l'accusé était au courant de la présence de ces drogues, et il a conclu aussi que, lorsque l'agent de police a dit qu'il avait senti une odeur de haschisch, ce qu'il avait réellement senti pouvait être une odeur d'encens. La Cour d'appel, se fondant sur les faits prouvés, a jugé qu'une conclusion que Pike (la personne qui essayait de se débarrasser des drogues) était en possession du haschisch et du LSD avec le consentement et à la connaissance de l'accusé s'imposait inévitablement et irréfragablement, et elle a statué qu'en refusant de juger d'après la preuve, le juge de première instance avait eu recours à des conclusions toutes théoriques, irrationnelles et conjecturales.

Je souscris complètement aux motifs de la Cour d'appel. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Appel rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Yanofsky, Pollock & Associés, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Sous-procureur général du Canada.*

**Deuterium of Canada Limited and Cape Breton Heavy Water Limited** *Appellants*;

and

**Burns and Roe, Inc.**

and

**Burns and Roe of Canada Limited, Allis-Chalmers Canada Limited, The Canada Valve and Hydrant Company Limited and Brown and Root Limited** *Respondents.*

1973: May 3; 1974: March 18.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Arbitration—Ouster of Jurisdiction—Effect and interpretation of 'Scott and Avery' Clause—Submission to arbitration, a condition precedent—Arbitration Act, R.S.N.S. 1967, c. 12.*

*Practice—Stay of proceedings—Concurrent writ and service of notice ex juris.*

Burns & Roe of Canada contracted to provide Deuterium with engineering services in connection with the construction of a heavy water plant by Deuterium. The performance of these engineering services, which were to be paid for on a cost plus fixed fee basis, were guaranteed by Burns & Roe, Inc. The agreement provided for arbitration subject to the *Arbitration Act*, of Nova Scotia (R.S.N.S. 1967, c. 12) and that "Submission to arbitration . . . shall be a condition precedent to the bringing of any action with respect to this Agreement, but, subject to such limitation, any claim . . . may be adjudicated . . . in the Supreme Court of Nova Scotia and . . . in the Supreme Court of Canada." Burns & Roe of Canada invoked the arbitration clause to claim a certain sum from Deuterium and nominated an arbitrator. Deuterium responded by nominating an arbitrator and giving notice of its intention to counterclaim against Burns & Roe of Canada and Burns & Roe, Inc. Before proceeding further with the arbitration Deuterium and a subsidiary sued, for damages in tort and contract, Burns & Roe of Canada, Burns & Roe Inc., and two other companies. Gillis J. dismissed applications for an order staying proceedings in the action and discharging the *ex parte* order for service *ex juris* on Burns & Roe, Inc. in the State of New Jersey.

**Deuterium of Canada Limited et Cape Breton Heavy Water Limited** *Appelantes*;

et

**Burns and Roe, Inc.**

et

**Burns and Roe of Canada Limited, Allis-Chalmers Canada Limited, The Canada Valve and Hydrant Company Limited et Brown and Root Limited** *Intimées.*

1973: le 3 mai; 1974: le 18 mars.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Arbitrage—Dépossession de compétence—Effet et interprétation de la clause «Scott et Avery»—Recours à l'arbitrage, une condition préalable—Arbitration Act, R.S.N.S. 1967, c. 12.*

*Pratique—Suspension d'instance—Bref d'assignation concurrent et signification d'avis ex juris.*

Burns & Roe of Canada s'était engagée à fournir à Deuterium des services d'ingénierie en relation avec la construction d'une usine d'eau lourde par Deuterium. L'exécution de ces services d'ingénierie, qui devaient être rémunérés sur une base de coût plus un honoraire déterminé, était garantie par Burns & Roe, Inc. La convention prévoyait l'arbitrage conformément au *Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse (R.S.N.S. 1967, c. 12) et que «Le recours à l'arbitrage . . . est une condition préalable à l'introduction d'une action relative à la présente convention, mais, sous réserve de cette restriction, toute réclamation . . . peut être décidée . . . en Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et . . . en Cour suprême du Canada.» Burns & Roe of Canada a invoqué la clause d'arbitrage pour réclamer une certaine somme de Deuterium et a nommé un arbitre. Deuterium a répliqué en nommant un arbitre et a donné avis de son intention de faire une demande reconventionnelle contre Burns & Roe of Canada et Burns & Roe Inc. Avant d'aller plus loin avec l'arbitrage, Deuterium et une filiale ont intenté des poursuites en dommages extracontractuels et contractuels contre Burns & Roe of Canada, Burns & Roe Inc. et deux autres compagnies. Le Juge Gillis a rejeté les requêtes de suspension d'instance et d'annulation de l'ordonnance donnée *ex parte* pour signification *ex juris* à Burns & Roe Inc. dans l'État de New Jersey.

The Appeal Division however directed that all further proceedings be stayed and set aside the issuance of the concurrent writ and the service of it on Burns & Roe, Inc.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Judson, Ritchie and Dickson JJ.: It was argued that the article providing for submission to arbitration differed from the "Scott and Avery" clause in that the latter required an "award" where the former required only a "submission". However s. 3 of the *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12 provides that "A submission, unless a contrary intention is expressed, shall be deemed to include . . . the following provisions . . .(h) the award to be made . . . shall be final and binding . . .," The provisions of the agreement make the arbitration a condition of the contract to which the Court must give effect.

It is impossible to grant an application for leave to serve a concurrent writ *ex juris* once an application for stay of proceedings has been made.

*Per* Judson and Laskin JJ.: The difficulty of determining the meaning of the words "may be adjudicated . . . in the first instance" cannot be resolved by limiting the "Scott and Avery" words which precede them. However, to give full effect to all the words of the relevant Article, the provision for adjudication at first instance in the Courts must be read as giving the parties a choice by agreement (or perhaps by waiver) to submit their differences to the Court instead of going to arbitration. Short of agreement (or perhaps waiver) either party can invoke arbitration. Where arbitration has been invoked, the award once made cannot disappear and any subsequent proceedings taken in the Courts are simply proceedings respecting review of the award.

[*Heyman v. Darwins Limited*, [1942] A.C. 356; *Scott v. Avery* (1856), 25 L.J. Exch. 308, 5 H.L.C. 811; *Cayzer, Irvine and Company Ltd. v. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269; *Caven v. C.P.R.* (1926), 95 L.J.P.C. (N.S.) 23; *Guerin v. Manchester Fire Insurance Company* (1898), 29 S.C.R. 139; *David v. Swift* (1910), 44 S.C.R. 179; *Caledonian Insurance Company v. Gilmour*, [1892] A.C. 85; *Shirley Ford Sales Limited v. Franki of Canada Limited* (1966), 55 W.W.R. 34; *Doleman and Sons v. Ossett Corporation*, [1912] 3 K.B. 257; *Freshwater v. Western Aus-*

Cependant la Division d'appel a ordonné l'arrêt de toute procédure ultérieure et a écarté l'émission du bref d'assignation concurrent et la signification de celui-ci à Burns & Roe Inc.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être rejeté.

*Les* Juges Martland, Judson, Ritchie et Dickson: On a fait valoir que l'article prévoyant le recours à l'arbitrage différait de la clause «Scott et Avery» en ce que cette dernière exigeait une «sentence» arbitrale tandis que le premier exigeait seulement un compromis. Par contre l'art. 3 du *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12 prévoit qu'«un compromis, sauf si l'intention contraire y est exprimée, est réputée comprendre . . . les dispositions suivantes . . . *h*) la sentence à être rendue . . . sera finale et liera les parties . . .» Les dispositions de la convention font de l'arbitrage une condition du contrat à laquelle les tribunaux doivent donner effet.

Il est impossible de faire droit à la demande de signification d'un bref concurrent d'assignation *ex juris* une fois la demande de suspension d'instance faite.

*Les* Juges Judson et Laskin: La difficulté à déterminer la signification des mots «peut être décidé . . . en première instance» ne peut être résolue en fixant des limites au libellé «Scott et Avery» qui les précède. Cependant, pour donner leur plein effet à tous les termes de l'article en question, la disposition prévoyant que les tribunaux pourront statuer en première instance doit être interprétée comme donnant aux parties la faculté, d'un commun accord (ou peut-être sur renonciation), de soumettre leurs différends à la Cour au lieu d'aller à l'arbitrage. Faute d'accord (ou peut-être de renonciation), l'une ou l'autre des parties peut demander l'arbitrage. Après recours à l'arbitrage, la sentence arbitrale une fois faite ne peut disparaître, et toute procédure subséquente prise devant les tribunaux ne peut viser que la révision de la sentence.

[*Arrêts mentionnés: Heyman v. Darwins Limited*, [1942] A.C. 356; *Scott v. Avery* (1856), 25 L.J. Exch. 308, 5 H.L.C. 811; *Cayzer, Irvine and Company Ltd. v. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269; *Caven v. C.P.R.* (1926), 95 L.J.P.C. (N.S.) 23; *Guerin c. Manchester Fire Insurance Company* (1898), 29 R.C.S. 139; *David c. Swift* (1910), 44 R.C.S. 179; *Caledonian Insurance Company v. Gilmour*, [1892] A.C. 85; *Shirley Ford Sales Limited v. Franki of Canada Limited* (1966), 55 W.W.R. 34; *Doleman and Sons v. Ossett Corporation*, [1912] 3 K.B. 257; *Freshwater v.*

*tralian Assurance Co.*, [1933] 1 K.B. 515; *Horton v. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Woodall v. Pearl Assurance Co.*, [1919] 1 K.B. 593; *Atlantic Shipping and Grading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*, [1922] 2 A.C. 250; *Meacham v. Jamestown, F. & C.R. Co.* (1914), 105 N.E. 653, 211 N.Y. 346 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], reversing the judgment of Gillis J. and directing that all further proceedings against Burns and Roe of Canada Limited be stayed and setting aside the issuance of a concurrent writ of summons. Appeal dismissed with costs.

*D. R. Chipman, Q.C.*, for the appellants.

*Ian M. MacKeigan, Q.C.*, and *J. M. Barker*, for the respondents.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia reversing the judgment rendered at first instance by Gillis J. in the Trial Division, and directing that all further proceedings by the appellants against Burns and Roe of Canada Limited be stayed and setting aside the issuance of a concurrent writ of summons and the service of notice thereof on Burns and Roe Inc. in the State of New Jersey in the United States of America.

The disposition to be made of the application of Burns and Roe of Canada Limited for a stay of proceedings and of Burns and Roe Inc.'s application to set aside the order of service *ex juris* are the only two questions presently before this Court pursuant to the orders granting leave to appeal, and it appears to me that these questions are to be considered in isolation from any issues which might arise between Deuterium of Canada Limited (hereinafter referred to as "Deuterium") and Cape Breton Heavy Water Limited on the one hand and any one or more of the companies named or joined as parties defendant in this action on the other hand.

[1] (1970), 15 D.L.R. (3d) 568.

*Western Australian Assurance Co.*, [1933] 1 K.B. 515; *Horton v. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Woodall v. Pearl Assurance Co.*, [1919] 1 K.B. 593; *Atlantic Shipping and Grading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*, [1922] 2 A.C. 250; *Meacham v. Jamestown, F. & C.R. Co.* (1914), 105 N.E. 653, 211 N.Y. 346.]

POURVOI à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario[1] infirmant le jugement du Juge Gillis et ordonnant l'arrêt de toute procédure ultérieure contre Burns & Roe of Canada Limited et écartant l'émission d'un bref d'assignation concurrent. Pourvoi rejeté avec dépens.

*D. R. Chipman, c.r.*, pour les appelantes.

*Ian M. MacKeigan, c.r.*, et *J. M. Barker*, pour les intimées.

Le jugement des Juges Martland, Judson, Ritchie et Dickson a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui a infirmé le jugement rendu en première instance par M. le Juge Gillis, ordonné l'arrêt de toute procédure ultérieure contre Burns and Roe of Canada Limited, et écarté l'émission d'un bref d'assignation concurrent et la signification d'un avis dudit bref à Burns and Roe Inc. dans l'État du New Jersey, États-Unis d'Amérique.

La décision à rendre sur la demande de Burns and Roe of Canada Limited de suspendre les procédures, et sur celle de Burns and Roe Inc. d'annuler l'ordonnance de signification *ex juris*, sont les deux seules questions dont cette Cour est saisie en vertu des permissions d'appeler, et il me paraît qu'il faut examiner ces questions en faisant abstraction de tout litige pouvant surgir entre, d'une part, Deuterium of Canada Limited (ci-après appelée «Deuterium») et Cape Breton Heavy Water Limited, et, d'autre part, l'une ou plusieurs des compagnies nommées ou jointes comme parties défenderesses dans l'action.

[1] (1970), 15 D.L.R. (3d) 568.

I am satisfied, as will hereafter appear, that the dispute between the parties arises out of the performance of a contract originally concluded between Deuterium and Burns and Roe Inc. for the design, engineering and certain other services associated with the planning and construction of a plant for the manufacture of heavy water at Glace Bay, Nova Scotia. The original contract was made between these parties on March 12, 1964 and some time in December of that year the respondent, Burns and Roe of Canada Limited also executed this contract which had been to some extent rewritten but which was by agreement made effective as of March 12, 1964. Under this latter contract Burns and Roe of Canada Limited is described as "engineer" and it is clearly contemplated that this company is to provide Deuterium with all engineering services upon its heavy water plant with the option of sub-contracting some or all of these services to Burns and Roe Inc., which latter company executed the agreement as "guarantor" of the contract and of the services to be supplied by Burns and Roe Limited. This agreement was the only one produced in evidence and, like the learned trial judge, I have neither seen nor considered any earlier documents which may have existed. Article 1 of the agreement contains the following:

> 1. The Company (i.e. Deuterium of Canada Limited) undertakes to construct and complete the plant and to commence the provision and delivery of heavy water at the said rate of 200 tons per annum not later than July 31, 1966.
>
> The plant is to be designed for continuous future production capacity of at least 400 tons of heavy water per year with provision by the convenient omission of certain equipment and structures to a reduced production rate of at least 200 tons per year.

The "initial plant" contemplated under the agreement was accordingly limited to a capacity of 200 tons per annum, but in view of the fact that the present appellants now contend that extensions which were subsequently made to the plant were not governed by the terms of the original agreement, I think it desirable to refer

Je retiens, comme on le verra plus loin, que le différend opposant les parties provient de l'exécution d'un contrat conclu à l'origine entre Deuterium et Burns and Roe Inc. en vue de la conception, de l'ingénierie et de certains services relativement à la planification et à la construction d'une usine de fabrication d'eau lourde à Glace Bay, en Nouvelle-Écosse. Le contrat initial a été établi entre les parties le 12 mars 1964 et, en décembre de la même année, l'intimée Burns and Roe of Canada Limited a également signé ce contrat qu'on avait remanié dans une certaine mesure mais dont on avait de consentement fixé la date d'entrée en vigueur au 12 mars 1964. En vertu de ce dernier contrat Burns and Roe of Canada Limited est désignée comme «ingénieur» et on envisage clairement que cette dernière doit fournir à Deuterium tous les services d'ingénierie pour son usine d'eau lourde avec la faculté de sous-traiter certains ou la totalité de ces services à Burns and Roe Inc.; cette dernière compagnie a signé la convention à titre de «garant» du contrat et des services devant être fournis par Burns and Roe Limited. Cette convention est la seule qui fut versée au dossier et, comme le savant juge de première instance, je n'ai pas vu ni examiné de documents antérieurs pouvant avoir existé. L'article 1 de la convention renferme ce qui suit:

> [TRADUCTION] 1. La Compagnie (soit Deuterium of Canada Limited) s'engage à construire et achever l'usine et à commencer à fournir et livrer de l'eau lourde à ladite cadence de 200 tonnes par an au plus tard le 31 juillet 1966.
>
> L'usine doit être conçue en vue d'une capacité future de production continue d'au moins 400 tonnes d'eau lourde par an et fournir, par omission commode de certains équipements et de certaines structures, un taux réduit de production d'au moins 200 tonnes par an.

L'«usine initiale» envisagée dans la convention fut en conséquence limitée à une capacité de 200 tonnes par an, mais étant donné que les présentes appelantes prétendent maintenant que les rallonges subséquentes faites à l'usine ne sont pas régies par les conditions de la convention initiale je crois bon de me reporter à l'Arti-

to Article VI thereof which indicates that the parties had such extensions in contemplation as a part of the work which might be performed under the contract. Article VI reads as follows:

VI:

The COMPANY may, at any time by a written order, and without prior notice, make changes within the general scope of the work to be performed under this Agreement, including without limitation changes necessitated by the expansion of the annual production capacity of the PLANT from 200 tons up to 400 tons. If any such change causes an increase or decrease in the estimated cost of or the time required for the performance of any part of the work under this Agreement, whether changed or not changed by any such order, or otherwise affects any other provision of this Agreement, an equitable adjustment shall be made (i) in the estimated cost or performance schedule or both, (ii) in the amount of any fixed-fee to be paid to the ENGINEER, and (iii) in such other provisions of this Agreement as may be so affected, and this Agreement shall be modified in writing accordingly. NOTWITHSTANDING the foregoing, no change in the 'plant concept' made by the COMPANY and communicated to the ENGINEER thirty (30) days before September 1, 1964, shall be deemed a basis for an increase in the fixed-fee payable to the ENGINEER hereunder.

Any claim by the ENGINEER for adjustment made under this Article must be submitted in duplicate to the COMPANY within thirty (30) days from the date of receipt by the ENGINEER of the notification of change. Said claims shall set forth the nature and amount of increased or decreased costs, if any, and the change in performance schedule, if affected. If the above change order, issued by the COMPANY, adds to or decreases the duties or the responsibilities of the ENGINEER, as set forth in Article II herein or as previously thereto amended, the ENGINEER may include in the aforesaid claim a request for adjustment of fee. Failure of the COMPANY and ENGINEER to agree to any adjustment shall be a dispute to be settled in the manner set forth in Article VIII herein. However, nothing in this clause shall excuse the ENGINEER from proceeding with the work as changed.

cle VI de ladite convention qui indique que les parties envisageaient de telles rallonges parmi les travaux qui pourraient être exécutés en vertu du contrat. L'Article VI se lit comme suit:

[TRADUCTION] VI:

La COMPAGNIE peut en tout temps, au moyen d'un ordre donné par écrit et sans avis préalable, apporter des modifications à l'intérieur du cadre général des travaux à exécuter en vertu de la convention, y compris, sans restriction, les modifications rendues nécessaires par l'accroissement de la capacité de production annuelle de l'USINE de 200 à 400 tonnes. Si l'une quelconque de ces modifications provoque une augmentation ou une diminution du coût estimatif de quelque partie des travaux prévus dans la présente convention, ou du temps nécessaire à son exécution, que cette partie des travaux ait été changée ou n'ait pas été changée par un ordre semblable, ou porte autrement atteinte à quelque autre disposition de la présente convention, un rajustement équitable sera fait relativement (i) au coût estimatif ou à l'échéancier ou aux deux, (ii) au montant de l'honoraire déterminé, quel qu'il soit, devant être versé à l'INGÉNIEUR, et (iii) à toutes les autres conditions de la présente convention auxquelles on a pu ainsi porter atteinte, et la présente convention sera modifiée par écrit en conséquence. NONOBSTANT ce qui précède, aucune modification du «concept de l'usine» effectuée par la COMPAGNIE et communiquée à l'INGÉNIEUR trente (30) jours avant le 1er septembre 1964 ne sera censée constituer la base d'une augmentation de l'honoraire déterminé devant être versé à l'INGÉNIEUR en vertu des présentes.

Toute demande de rajustement faite par l'INGÉNIEUR en vertu du présent article doit être soumise en double exemplaire à la COMPAGNIE dans les trente (30) jours de la date de réception par l'INGÉNIEUR de l'avis de modification. Lesdites demandes doivent énoncer la nature et le montant d'augmentation ou de réduction des coûts, s'il en est, et la modification de l'échéancier s'il est touché. Si le susdit ordre de modification, émanant de la COMPAGNIE, ajoute ou retranche quelque chose aux obligations ou aux responsabilités de l'INGÉNIEUR, exposées dans l'article II des présentes ou antérieurement modifées dans ledit article, l'INGÉNIEUR peut insérer dans la demande susdite une demande de révision de l'honoraire. Le manque d'entente de la COMPAGNIE ou de l'INGÉNIEUR quant à un rajustement constituera un différend devant être réglé de la manière prescrite à l'article VIII des présentes. Cependant, rien dans la présente clause ne dispense

The expansion of the plant which the appellants claim to be outside the terms of the original agreement is an extension or a supplement to the "initial plant" which is designated the "X" extension and an additional plant adjoining the initial plant which is referred to as the "Y" extension. After quoting Article VI of the agreement, Gillis J. made this comment:

> This provision must mean that by simple notice the agreement for engineering services could be made applicable to services upon "X" and "Y" extensions.

It appears to me that in or about September, 1966, the Deuterium Company required the services of Burns and Roe of Canada Limited under the agreement to be extended to the so-called "X" and "Y" extensions which would provide for increased capacity, and there were no doubt discussions between Deuterium and the Burns and Roe Companies with respect to the preparation and execution of a separate contract dealing with the "X" and "Y" extensions, but these discussions came to naught and it appears to me that Burns and Roe Companies undertook to perform the engineering services in connection with the extensions under the original agreement.

I think it important at this stage to note that Cape Breton Heavy Water Limited, which is a wholly owned subsidiary of the Deuterium Company, was incorporated in March, 1967 and that in June of that year Deuterium executed a lease to that company of the land upon which the "Y" extension was to be built. In addition to this, after its incorporation, Deuterium appears to have charged all expenses in connection with the operation to the new company. This was, in my view, nothing more than a book-keeping procedure and although the new company's existence was known to the Burns and Roe Companies as the lessee of the "Y" extension property, the respondents never had any relationship with that company and the work done and services performed by them were all done

l'INGÉNIEUR de poursuivre les travaux tels que modifiés.

L'expansion qui selon les appelantes déborde les conditions de la convention initiale consiste en une rallonge ou addition, appelée rallonge «X», à «l'usine initiale», puis en une usine additionnelle, appelée rallonge «Y», adjacente à l'usine initiale. Après avoir cité l'Article VI de la convention, M. le Juge Gillis a fait l'observation suivante:

> [TRADUCTION] Cette disposition doit signifier que sur un simple avis la convention visant les services d'ingénierie peut être déclarée applicable aux services relatifs aux rallonges «X» et «Y».

Il me semble que vers le mois de septembre 1966, la compagnie Deuterium a demandé que les services de Burns and Roe of Canada Limited en vertu de la convention soient étendus à ce qu'on a convenu d'appeler les rallonges «X» et «Y», qui devaient fournir une capacité accrue, et il y eut sans aucun doute des pourparlers entre Deuterium et les compagnies Burns and Roe concernant la préparation et la signature d'un contrat distinct portant sur les rallonges «X» et «Y», mais ces pourparlers n'ont rien donné et il me semble que les compagnies Burns and Roe aient entrepris de fournir les services d'ingénierie relatifs aux rallonges en vertu de la convention initiale.

Je crois important à ce stade de signaler que Cape Breton Heavy Water Limited, qui est une filiale en propriété exclusive de Deuterium Company, fut constituée en corporation en mars 1967 et qu'en juin de cette année-là Deuterium a signé en faveur de ladite compagnie un bail visant le terrain sur lequel la rallonge «Y» devait être construite. En outre, après la constitution de la nouvelle compagnie, Deuterium paraît avoir porté à la charge de cette dernière tous les frais relatifs à l'affaire. C'était là, à mon avis, rien de plus qu'une méthode de tenue de livres et bien que l'existence de la nouvelle compagnie comme locataire de l'immeuble connu comme rallonge «Y» ait été connue des compagnies Burns and Roe, les intimées n'ont jamais eu de rapports avec cette compagnie-là

and performed pursuant to the original contract with Deuterium.

Mr. James Smart, the Secretary-Treasurer of Deuterium filed an affidavit in this action upon which he was cross-examined at some length, and it is apparent that he contended that the engineering work on the "X" and "Y" extensions was carried on by Burns and Roe Canada Limited not under the agreement of March 12th, but under what he referred to as the "new unsigned draft". On this issue I adopt the view expressed by Mr. Justice Cooper in the Appeal Division as follows:

I think it too obvious for any comment that, in the circumstances here present, a suggested or proposed agreement cannot be given effect as an executed contract. Counsel for the respondents contended in argument before us that the engineering services for the "X" and "Y" extensions were performed on a *quantum meruit* basis. I reject this argument. I regard the true situation as one where the parties negotiated without reaching any finality for a further agreement in writing. When those negotiations failed the parties carried on under the agreement of March 12, 1964 modified as necessary and as provided for therein by such orders and authorizations as were necessary in view of the expansion of the plant capacity and as contemplated by Article VI of the Agreement of March 12, 1964.

It will be apparent from what I have said that I regard the provisions of the original agreement as governing all the relations between the parties in respect of the Glace Bay plant and in this regard perhaps the most vital provision for the purposes of this litigation is contained in Article VIII which reads as follows:

ARTICLE VIII—DISPUTES

Any dispute, unresolved claim or failure to agree between the COMPANY on one hand and the ENGINEER and/or the GUARANTOR on the other hand which cannot be informally resolved or settled between the parties within thirty (30) days from the time such controversy is made known as such to all parties in writing shall, at the option of the COMPANY or the ENGINEER be considered a dispute to

et les travaux qu'elles ont exécutés et les services qu'elles ont rendus ont tous été exécutés et rendus conformément au contrat initial conclu avec Deuterium.

M. James Smart, le secrétaire-trésorier de Deuterium, a produit dans l'action une déclaration sous serment sur laquelle il fut contre-interrogé assez longuement, et il est manifeste qu'il prétend que les travaux d'ingénierie effectués sur les rallonges «X» et «Y» furent exécutés par Burns and Roe Canada Limited non pas en vertu de la convention du 12 mars, mais en vertu de ce qu'il a appelé le «nouveau projet non signé». Sur ce point, j'adopte les vues exprimées dans les termes suivants par M. le Juge Cooper de la Division d'appel:

[TRADUCTION] Je crois tout commentaire inutile parce qu'il est trop évident que, dans les circonstances de l'espèce, une convention suggérée ou projetée ne peut avoir les mêmes effets qu'un contrat signé. Les avocats des intimées ont fait valoir devant nous que les services d'ingénierie concernant les agrandissements «X» et «Y» furent exécutés sur une base de *quantum meruit*. Je rejette cet argument. Je vois la situation véritable comme une situation où les parties ont négocié sans résultat en vue d'une autre convention écrite. Les pourparlers n'ayant pas abouti, les parties ont continué à se conformer à la convention du 12 mars 1964, modifiée au besoin et comme prévu dans ladite convention par les ordres et autorisations nécessaires à l'accroissement de la productivité de l'usine et comme envisagé à l'Art. VI de la convention du 12 mars 1964.

D'après ce que j'ai dit, il est manifeste que je considère les dispositions de la convention initiale comme régissant toutes les relations entre les parties en ce qui a trait à l'usine de Glace Bay et à cet égard la disposition peut-être la plus vitale pour les fins du présent litige se trouve dans l'Article VIII qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] ARTICLE VIII—DIFFÉRENDS

Les différends, réclamations non réglées ou désaccords entre la COMPAGNIE, d'une part, et l'INGÉNIEUR et (ou) le GARANT, d'autre part, que les parties ne peuvent régler ou résoudre entre elles dans les trente (30) jours de la date où la controverse est portée par écrit à la connaissance de toutes les parties doivent, au choix de la COMPAGNIE ou de l'INGÉNIEUR, être tenus pour des différends à régler par

be settled by a submission to two arbitrators, one nominated by the COMPANY and the other by the ENGINEER, under the provisions of the Arbitration Act of Nova Scotia, and the award made pursuant to such provisions shall, as provided therein, be final and binding on the parties and may, by leave of the Supreme Court of Nova Scotia or a single judge therof, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, subject nevertheless to such rights of modification, correction or vacation or of appeal from any judgment entered thereon as may be provided by law. Unless otherwise expressly provided by statute, all required notices shall be served in writing, personally or by registered mail.

Submission to arbitration pursuant to the provisions of this Article VIII shall be a condition precedent to the bringing of any action with respect to this Agreement, but, subject to such limitation, any claim against the COMPANY on the one hand, the ENGINEER and/or the GUARANTOR on the other hand or vice versa may be adjudicated, both in the first instance and upon review, in appropriate proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia and, if any party asserts such an appeal, in the Supreme Court of Canada.

Section 5 of the *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12, reads as follows:

5. If any party to a submission, or any person claiming through or under him, commences any legal proceedings in any court against any other party to the submission, or any person claiming through or under him, in respect to any matter agreed to be referred, any party to such legal proceedings may, at any time after appearance, and before delivering any pleadings, or taking any other steps in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings, and that court, or a judge thereof, if satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission, and that the applicant was, at the time when the proceedings were commenced, and still remains, ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration, may make an order staying the proceedings.

The very comprehensive review of the authorities contained in the reasons for judgment of the learned judge of first instance appears to me to be limited to a consideration of

un compromis recourant à l'arbitrage de deux arbitres, l'un désigné par la COMPAGNIE et l'autre par l'INGÉNIEUR, sous le régime des dispositions de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, et la sentence rendue conformément auxdites dispositions est, comme il y est prévu, finale et irrévocable et peut, avec l'autorisation de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ou d'un de ses juges seul, être exécutoire de la même manière qu'un jugement ou une ordonnance au même effet, sous réserve néammoins des droits de modification, correction, annulation ou appel de tout jugement rendu sur la sentence prévus par la loi. Sauf disposition expresse d'une loi, tous les avis requis doivent être signifiés par écrit, en personne ou sous pli recommandé.

Le recours à l'arbitrage conformément aux dispositions du présent Article VIII est une condition préalable de l'introduction d'une action relative à la présente convention, mais, sous réserve de cette restriction, toute réclamation contre la COMPAGNIE d'une part, l'INGÉNIEUR et (ou) le GARANT d'autre part, ou vice versa, peut être décidée, tant en première instance qu'en révision, sur recours approprié engagé en Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et, si l'une des parties interjette un pourvoi, en Cour suprême du Canada.

L'article 5 de l'*Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12, est rédigé comme suit:

[TRADUCTION] 5. Si une partie à un compromis, ou une personne poursuivant aux droits de cette partie ou par elle, intente des procédures dans une cour quelconque contre une autre des parties au compromis, ou une personne réclamant aux droits de cette autre partie ou par elle, relativement à toute question qu'on avait convenu d'envoyer à l'arbitrage, l'une quelconque des parties à semblables procédures peut, en tout temps après la comparution, et avant de produire des plaidoiries écrites, ou de passer à d'autres étapes de la procédure, demander à cette cour-là une suspension d'instance; et si la cour ou l'un de ses juges a la conviction qu'il n'y a pas de raison suffisante militant contre le renvoi à l'arbitrage conformément au compromis, et que la partie qui fait la demande était, à l'époque où les procédures furent entamées, et est encore, prête et disposée à faire toute chose nécessaire à la bonne conduite de l'arbitrage, elle peut ordonner une suspension d'instance.

La revue très complète des précédents que renferment les motifs du savant juge de première instance me paraît se limiter à une étude d'affaires concernant des contrats où les clauses

cases of contracts containing arbitration clauses which did not include a provision making the arbitration award "*a condition precedent to the bringing of any action*". With the greatest respect, it appears to me that Mr. Justice Gillis gave no consideration to the very substantial body of law which recognizes the far-reaching effect of a clause making arbitration a condition precedent. The law in this regard was summarized by Lord Wright in *Heyman v. Darwins Limited*[2] at p. 377 where he said:

> The contract, either instead of or along with a clause submitting differences and disputes to arbitration, may provide that there is no right of action save upon the award of an arbitrator. The parties in such a case made arbitration followed by an award a condition of any legal right of recovery on the contract. This is a condition of the contract to which the court must give effect, unless the condition has been 'waived', that is, unless the party seeking to set it up has somehow disentitled himself to do so.

This proposition has been widely accepted since the case of *Scott v. Avery*[3], and the clauses making arbitration a condition precedent to the bringing of an action have long been classified as "*Scott v. Avery* Clauses."

The difference between this type of clause and an ordinary arbitration clause is well described by Scrutton L.J. in *Cayzer, Irvine and Company v. Board of Trade*[4], where he said at p. 293:

> . . . the difference between the *Scott v. Avery* case and the ordinary arbitration is that whereas in ordinary arbitrations you cannot bring an action at law, except by leave of the Court, because of the arbitration clause, in a *Scott v. Avery* case you cannot bring an action at law, because no cause of action arises until the award is in fact made.

In the *Scott and Avery* case the clause provided that no party should

> be entitled to maintain any action at law or suit in equity on his policy until the matters in dispute shall

[2] [1942] A.C. 356.
[3] (1856), 25 L.J. Exch. 308, 5 H.L.C. 811.
[4] [1927] 1 K.B. 269.

d'arbitrage n'étaient pas accompagnées d'une stipulation que la sentence arbitrale est «*une condition préalable de l'introduction d'une action*». Avec le plus grand respect, il me semble que M. le Juge Gillis n'a pas pris en considération le très important *corpus* de droit qui reconnaît la grande portée d'une clause qui fait de l'arbitrage une condition préalable. Dans l'affaire *Heyman v. Darwins Limited*[2], à la p. 377, Lord Wright a résumé l'état du droit à cet égard, lorsqu'il a dit:

> [TRADUCTION] Le contrat peut stipuler, soit à la place d'une clause soumettant les conflits et les différends à l'arbitrage soit avec elle, qu'il n'y aura pas de droit d'action sauf à la suite de la sentence d'un arbitre. Les parties dans un tel cas ont fait de l'arbitrage suivi d'une décision une condition de tout droit légal de recouvrer en vertu du contrat. C'est là une condition du contrat à laquelle les cours doivent donner effet, sauf s'il y a eu «renonciation» à la condition, c.-à-d., sauf si la partie qui tente de la faire valoir s'est d'une manière ou d'une autre privée elle-même du droit de ce faire.

Cette proposition a été largement acceptée depuis l'affaire *Scott v. Avery*[3], et les clauses qui font de l'arbitrage une condition préalable de l'introduction d'une action sont depuis longtemps cataloguées «Clauses *Scott c. Avery*».

La différence entre ce genre de clause et une clause ordinaire d'arbitrage est bien décrite par Lord Scrutton dans l'arrêt *Cayzer, Irvine and Company v. Board of Trade*[4], lorsqu'il dit à la p. 293:

> [TRADUCTION] . . . la différence entre l'affaire *Scott v. Avery* et l'arbitrage ordinaire est celle-ci: alors que dans les arbitrages ordinaires vous ne pouvez pas intenter une action en justice, sauf avec permission de la Cour, à cause de la clause d'arbitrage, dans une affaire *Scott et Avery* vous ne pouvez pas intenter une action en justice, parce qu'il n'y a pas de cause d'action tant que la sentence arbitrale n'est pas effectivement rendue.

Dans l'affaire *Scott et Avery* la clause stipulait qu'aucune des parties ne devait

> [TRADUCTION] avoir le droit de soutenir une action en justice ou une poursuite en «*equity*» sur sa police tant

[2] [1942] A.C. 356.
[3] (1856), 25 L.J. Exch. 308, 5 H.L.C. 811.
[4] [1927] 1 K.B. 269.

have been referred to and decided by arbitrators . . . and then only for such sum as the said arbitrators shall award, and the obtaining of the decision of such arbitrators on the matters and claims in dispute is hereby declared to be a condition precedent to the right of any member to maintain any such suit or action.

It was argued in the present case that the terms of Article VIII differed from the *Scott and Avery* clause in that the latter required an "award" by the arbitrators as a condition precedent to the bringing of an action, whereas Article VIII requires only a "submission" and that in the present case such a submission had indeed been made by both parties. It is plain, however, as Mr. Justice Cooper pointed out in his reasons for judgment, that Article VIII envisages a submission under the *Arbitration Act* of Nova Scotia and it is provided by section 3(h) of that statute:

A submission, unless contrary intention is expressed therein, shall be deemed to include, so far as they are applicable to the reference under the submission, the following provisions, that is to say: . . .

(h) the award to be made by the arbitrators or umpire shall be final and binding on the parties and persons claiming under them respectively; . . .

The case of *Scott v. Avery* is thoroughly discussed in the judgments of Mr. Justice Coffin and Mr. Justice Cooper of the Appeal Division, (see particularly Mr. Justice Coffin at 21 D.L.R. (3d) at pp. 374 and 375), but at the risk of some repetition, I think it convenient to refer to what Lord Shaw said in *Caven v. Canadian Pacific Railway*[5], a case which came before the Privy Council on appeal *per saltem* from the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta. In that case it was held that although there was a clause in the contract in question requiring an investigation before the bringing of an action, such an investigation and a determination based thereon had been made and although under these circumstances the case of *Scott v. Avery* was held not to apply, Lord Shaw nevertheless delivered himself of the following comments at

[5] (1926), 95 L.J.P.C. (N.S.) 23.

que les questions en litige n'ont pas été soumises aux arbitres et tranchées par eux . . . et alors seulement pour la somme fixée par lesdits arbitres; et l'obtention d'une décision de ces arbitres sur les questions et réclamations en litige est par la présente déclarée être une condition préalable au droit de toute partie de soutenir semblable poursuite ou action.

On a fait valoir en la présente affaire que les conditions énoncées à l'Article VIII diffèrent de la clause *Scott et Avery* en ce que cette dernière exige une «sentence» arbitrale comme condition préalable de l'introduction d'une action, tandis que l'Article VIII exige seulement un «compromis», et qu'en l'espèce les parties avaient fait semblable compromis. Il est clair, toutefois, comme M. le Juge Cooper le signale dans ses motifs de jugement, que l'Article VIII envisage un compromis visé par l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, et l'al. *h*) du par. 3 de cette loi prévoit:

[TRADUCTION] Un compromis, sauf si l'intention contraire y est exprimée, est réputé comprendre, dans la mesure où elles sont applicables au renvoi visé par le compromis, les dispositions suivantes: . . .

*h*) la sentence à être rendue par le juge-arbitre ou par les arbitres sera finale et liera respectivement les parties et ceux qui réclament aux droits des parties; . . .

L'arrêt *Scott v. Avery* est examiné à fond dans les jugements de MM. les Juges Coffin et Cooper en Division d'appel, (voir en particulier celui de M. le Juge Coffin dans 21 D.L.R. (3d) série, aux pp. 374 et 375), mais au risque de me répéter, je crois utile de me reporter à ce que Lord Shaw a dit dans l'arrêt *Caven v. Canadian Pacific Railway*[5], une affaire dont le Conseil privé avait été saisi sur appel *per saltum* interjeté depuis la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta. Dans cet arrêt-là, on décida que bien que le contrat en cause contînt une clause exigeant une enquête avant l'introduction d'une action, il y avait eu enquête et il y avait eu une décision fondée sur cette enquête, et malgré que l'arrêt *Scott v. Avery* fût jugé inapplicable vu ces circonstances-là Lord Shaw n'en a pas moins fait les observations suivantes

[5] (1926), 95 L.J.P.C. (N.S.) 23.

p. 27, where he said:

*Scott v. Avery*, no doubt, is read as having decided that parties cannot, by contract, oust the Courts of their jurisdiction. But it also decided that any person may covenant that no right of action shall accrue until a third person, contractually appointed and selected, has decided on any difference that may arise between himself and the other contracting party. It is a mistake to treat *Scott v. Avery* as being confined to the question of insurance, or even building contracts, and to the ascertainment, by conventional arbitral arrangements, of sums due as being a condition precedent to maintaining an action. Said the Lord Chancellor (Lord Cranworth) (5 H.L.C. at 847): 'Now this doctrine depends upon the general policy of the law, that parties cannot enter into a contract which gives rise to a right of action for the breach of it, and then withdraw such a case from the jurisdiction of the ordinary tribunals. But surely there can be no principle or policy of the law which prevents parties from entering into such a contract as that no breach shall occur until after a reference has been made to arbitration. It appears to me that in such cases, as that, the policy of the law is left untouched.'

Lord Shaw later referred to the principle as stated by Lord Campbell in the same case at 5 H.L.C. 852 where he said:

. . . what pretence can there be for saying that there is anything contrary to public policy in allowing parties to contract, that they shall not be liable to any action until their liability has been ascertained by a domestic and private tribunal, upon which they themselves agree? Can the public be injured by it? It seems to me that it would be a most inexpedient encroachment upon the liberty of the subject if he were not allowed to enter into such a contract.

In conclusion Lord Shaw observed:

In the opinion of the board, the doctrines thus cited from *Scott v. Avery* are not only sound, but they are clearly applicable, not only to the plaintiffs, but to the defendants in a suit.

Twenty-eight years before this latter decision was rendered, the principles embodied in the

(à la p. 27):

[TRADUCTION] L'arrêt *Scott v. Avery*, sans doute, est interprété comme ayant décidé que les parties ne peuvent, par contrat, déposséder les cours de leur compétence. Mais il a aussi décidé qu'une personne peut convenir qu'aucun droit d'action ne prend sa naissance tant qu'une tierce personne, contractuellement nommée et choisie, n'aura pas tranché tout litige pouvant s'élever entre elle et l'autre partie contractante. C'est une erreur que de traiter l'arrêt *Scott v. Avery* comme se limitant à une question d'assurance, ou même de contrats de construction, et à la détermination, par règlement d'arbitrage conventionnel et comme condition préalable au maintien d'une action, de sommes payables. Le Lord Chancelier (Lord Cranworth) a dit (5 H.L.C. à la p. 847): «Or cette théorie repose sur l'orientation générale du droit, savoir, que les parties ne peuvent conclure un contrat dont découle un droit d'action pour la violation de ce contrat, et puis soustraire le cas à la compétence des tribunaux ordinaires. Mais à coup sûr il ne peut y avoir de principe ou d'orientation du droit qui empêche les parties de stipuler qu'il ne pourra y avoir de violation tant qu'il n'y aura pas eu renvoi à l'arbitrage. Il me semble que dans des cas semblables à celui-là il n'y a pas d'atteinte à l'orientation du droit.»

Lord Shaw a fait mention plus loin du principe énoncé dans les termes suivants par Lord Campbell dans le même arrêt (5 H.L.C. à la p. 852):

[TRADUCTION] . . . quel prétexte peut-on invoquer pour dire qu'il y a quelque chose de contraire à l'ordre public dans le fait de permettre à des contractants de convenir entre eux qu'ils ne seront pas sujets à des poursuites tant qu'un tribunal de régie interne et privée, sur lequel ils seront tombés d'accord, n'aura pas établi leur responsabilité? Le public peut-il en souffrir? Il me semble que ce serait une atteinte fort inopportune à la liberté de la personne que de ne pas lui permettre de conclure un tel contrat.

En guise de conclusion, Lord Shaw a fait observer:

[TRADUCTION] De l'avis du Comité, ces théories tirées de l'arrêt *Scott v. Avery* non seulement sont valables, mais sont clairement applicables, et pas seulement à des demandeurs, mais aussi à des défendeurs.

Vingt-huit ans avant que cette dernière décision ne fût rendue, les principes de l'arrêt *Scott*

case of *Scott v. Avery* had been approved in this Court in the judgment rendered on behalf of the majority by Sir Henry Strong in *Guerin v. Manchester Fire Insurance Company*[6], which is referred to by Mr. Justice Cooper at 21 D.L.R. (3d) p. 595, and where there was a clause in a policy of insurance which provided that no suit or action brought against the Company for the recovery of any claim under the policy "shall be sustainable in any court of law or equity until after an award shall have been obtained fixing the amount of such claim in the manner above provided." In the course of the reasons for judgment Sir Henry Strong observed:

The law of England provides that any agreement renouncing the jurisdiction of legally established courts of justice is null, but nevertheless in the case of *Scott v. Avery*, the House of Lords determined that a clause of this nature and almost in the same words as that before us making an award a condition precedent, was perfectly valid and that no action was maintainable until after an award had been made.

This Court also approved the *Scott v. Avery* principle in the case of *David v. Swift*[7], where it was found that the provision for arbitration did not amount to a condition precedent, but Mr. Justice Davies, speaking for the majority of the Court, had occasion to refer to what had been said by Lord Herschell in *Caledonian Insurance Company v. Gilmour*[8], at p. 90, in a case where arbitration was found to have been made a condition precedent to the bringing of an action. It was there said:

This condition is expressly incorporated in the body of the policy, and must be read into that part of it which alone provides for the payment of money by the company, with the same effect as if it had been specifically inserted there, and the obligation had been in terms qualified by it.

[6] (1898), 29 S.C.R. 139.
[7] (1910), 44 S.C.R. 179.
[8] [1892] A.C. 85.

*v. Avery* avaient été approuvés par cette Cour dans le jugement rendu au nom de la majorité par Sir Henry Strong dans l'affaire *Guérin v. Manchester Fire Insurance Company*[6], dont M. le Juge Cooper a fait mention dans 21 D.L.R. (3d), à la p. 595, et dans laquelle une clause d'une police d'assurance stipulait qu'aucune poursuite ou action intentée contre la compagnie pour le recouvrement d'une réclamation en vertu de la police [TRADUCTION] «n'est recevable dans une cour de justice ou d'*equity* avant qu'une sentence n'ait été obtenue fixant le montant de la réclamation de la manière prévue ci-dessus.» Dans ses motifs de jugement, Sir Henry Strong a signalé:

[TRADUCTION] Le droit en Angleterre prévoit que toute convention répudiant la compétence de cours de justice légalement établies est nulle, mais cependant dans l'affaire *Scott v. Avery*, la Chambre des Lords a conclu qu'une clause de cette nature rédigée presque dans les mêmes termes que celle qui nous est soumise et faisant de la sentence une condition préalable était parfaitement valide, et qu'aucune action ne pouvait être soutenue tant qu'une sentence arbitrale n'avait pas été prononcée.

Cette Cour a également approuvé le principe *Scott v. Avery* dans l'affaire *David c. Swift*[7], dans laquelle on a jugé que la disposition qui prévoyait l'arbitrage n'équivalait pas à une condition préalable, mais dans laquelle M. le Juge Davies, s'exprimant au nom de la majorité, eut l'occasion de se référer à ce qu'avait dit Lord Herschell dans l'arrêt *Caledonian Insurance Company v. Gilmour*[8], à la p. 90, un arrêt dans lequel on avait conclu que l'arbitrage avait été constitué une condition préalable à l'introduction d'une action. Il y était dit:

[TRADUCTION] Cette condition est expressément incorporée dans le corps même de la police, et doit être sous-entendue dans cette partie qui seule prévoit le paiement d'argent par la compagnie, avec le même effet que si elle y avait été spécifiquement insérée, et l'obligation explicitement modifiée par elle.

[6] (1898), 29 R.C.S. 139.
[7] (1910), 44 R.C.S. 179.
[8] [1892] A.C. 85.

I think this circumstance was overlooked in the Court below. The question is not whether where a contract creates an obligation to pay a sum of money it is a good answer to an action to recover it that disputes have arisen as to the liability to pay the sum, and that the contract provides for the reference of such differences to arbitration, but whether where the only obligation created is to pay a sum ascertained in a particular manner, where, in other words, such ascertainment is made a condition precedent to the obligation to pay, the Courts can enforce an obligation without reference to such ascertainment? If they could do so they would not be enforcing the contract made by the parties, but one of a different nature.

Many other cases to the same effect are cited in the judgments of Mr. Justice Coffin and Mr. Justice Cooper in the Appeal Division, and while I do not think that any benefit can be obtained by multiplying authority, it is perhaps well to refer to *Shirley Ford Sales Limited v. Franki of Canada Limited*[9], at pp. 37 and 38 where Mr. Justice Greschuk of the Supreme Court of Alberta applied the *Scott v. Avery* rule and noted the distinction between the clause in that case and an ordinary arbitration clause.

I am in agreement with Mr. Justice Coffin and Mr. Justice Cooper that Article VIII of the agreement here under consideration had the effect of making an arbitration award a condition precedent to the bringing of any action and as that agreement had not been complied with, the appellants had no cause of action against Burns and Roe of Canada Limited and that action should accordingly be stayed.

The finding of the learned judge at first instance that there was here sufficient reason why the matter should not be referred, in accordance with the submission pursuant to s. 5 of the *Arbitration Act*, was based first on his conclusion that the "X" and "Y" extensions were not governed by the contract; secondly that complicated questions might arise involving possible questions of law; and thirdly that the other parties defendant had separate contracts

[9] (1966), 55 W.W.R. 34.

Je pense que cette circonstance a échappé à la cour d'instance inférieure. La question n'est pas de savoir si, lorsqu'un contrat crée une obligation de payer un montant d'argent, c'est un bon moyen de défense à une action en recouvrement que d'invoquer que des différends se sont élevés quant à l'obligation de payer la somme, et que le contrat prévoit que semblables différends doivent être soumis à l'arbitrage, mais bien de savoir si, lorsque la seule obligation créée est celle de payer une somme qui est déterminée suivant certaines modalités, en d'autres termes, lorsque cette détermination constitue une condition préalable à l'obligation de payer, les cours peuvent exécuter l'obligation indépendamment de semblable détermination? Si elles le pouvaient, elles se trouveraient à exécuter non pas le contrat conclu par les parties, mais un contrat d'une nature différente.

MM. les Juges d'appel Coffin et Cooper ont cité plusieurs autres arrêts au même effet, et quoique je ne voie pas d'avantage à multiplier les citations, il serait peut-être bon de mentionner l'arrêt *Shirley Ford Sales Limited v. Franki of Canada Limited*[9], aux pp. 37 et 38, dans lequel M. le Juge Greschuk de la Cour suprême de l'Alberta a appliqué la règle *Scott v. Avery* et noté la différence entre la clause qui était en question et une clause d'arbitrage ordinaire.

Je suis d'accord avec MM. les Juges Coffin et Cooper que l'Article VIII de la convention à l'étude ici fait de la sentence arbitrale une condition préalable à l'introduction d'une action et que, étant donné que cette condition n'a pas été respectée, les appelantes n'avaient pas de cause d'action contre Burns and Roe of Canada Limited et l'action doit donc être suspendue.

La conclusion du savant juge de première instance qu'il y a ici raison suffisante militant contre le renvoi de la question à l'arbitrage conformément au compromis visé par l'art. 5 de l'*Arbitration Act*, est fondée d'abord sur sa conclusion que les rallonges «X» et «Y» n'étaient pas régies par le contrat; deuxièmement, que des questions complexes mettant peut-être en cause des questions de droit pourraient surgir; et troisièmement, que les autres parties défende-

[9] (1966), 55 W.W.R. 34.

with Deuterium which contained arbitration clauses and might give rise to conflicting findings by different arbitrators. As I have said, I agree with the members of the Appeal Division that the "X" and "Y" extensions were carried out pursuant to the original agreement and I do not think that agreements with other parties which may or may not contain a condition precedent provision should affect the rights of the respondents under their contract.

The fact that complicated issues might arise before the arbitrators was, as Mr. Justice Gillis has indicated, a circumstance which might have constituted a sufficient cause for denying a stay of proceedings if there had not been a *Scott and Avery* clause in the original agreement, but I am satisfied that Article VIII is, as Lord Wright said in *Heyman v. Darwins Limited, supra:* "A condition of the contract to which the Court must give effect".

There may be cases where it would be palpably futile and ineffective to submit the matter to arbitration and in such event it might be desirable to refuse a stay of proceedings under s. 5 notwithstanding the existence of a *Scott and Avery* clause, but in my opinion this is not such a case and indeed I am satisfied that where, as here, a contract has been concluded between two substantial corporations, acting at arm's length and no doubt with advice, it would constitute an encroachment on freedom of contract if it were held that the courts were at liberty to interfere with a condition precedent freely accepted by both parties for the purpose of limiting the conditions under which an action could be brought under the contract.

For all these reasons, I am of the opinion that the order of the Court of Appeal directing a stay of proceedings against Burns and Roe of Canada Limited should be affirmed.

As to the second portion of this appeal dealing with the application for leave to serve a

resses avaient conclu avec Deuterium des contrats distincts qui renfermaient des clauses d'arbitrage et pouvaient donner lieu à des conclusions contradictoires par différents arbitres. Comme je l'ai dit, je conviens avec les juges de la Division d'appel que les rallonges «X» et «Y» ont été faites conformément à la convention initiale et je ne pense pas que des conventions conclues avec d'autres parties, qui peuvent ou non renfermer une disposition emportant condition préalable, devraient porter atteinte aux droits qu'ont les appelantes en vertu de leur contrat.

Le fait que des questions complexes puissent surgir devant les arbitres est, comme M. le Juge Gillis l'a indiqué, une circonstance qui aurait pu constituer un motif suffisant de refuser une suspension d'instance si la convention initiale n'avait pas renfermé une clause *Scott et Avery*, mais je suis convaincu que l'Article VIII est, comme l'a dit Lord Wright dans l'arrêt *Heyman v. Darwins Limited*, précité: «Une condition du contrat à laquelle la Cour doit donner effet».

Il peut se trouver des cas où il serait de toute évidence vain et inefficace de soumettre la question à l'arbitrage et dans un tel cas il serait peut-être souhaitable de refuser une suspension d'instance en vertu de l'art. 5, nonobstant l'existence d'une clause *Scott et Avery*, mais à mon avis il ne s'agit pas d'un cas de ce genre en l'espèce, et même je suis convaincu que lorsque, comme ici, un contrat est conclu entre deux compagnies importantes, traitant à distance et sans doute après avoir pris conseil, on porterait atteinte à la liberté de contracter si l'on décidait que les cours peuvent faire obstacle à une condition préalable librement acceptée par toutes les parties et visant à limiter les conditions dans lesquelles des poursuites peuvent être intentées en vertu du contrat.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'ordonnance de la Cour d'appel suspendant l'instance engagée contre Burns and Roe of Canada Limited doit être confirmée.

Quand à la seconde partie du pourvoi, traitant de la demande d'autorisation de signifier à

concurrent writ out of the jurisdiction upon Burns and Roe Inc., I agree with Mr. Justice Coffin, speaking for the majority of the Appeal Division, that it is impossible to grant the application for such leave once the application for a stay of proceedings had been made and I adopt the following sentence from the penultimate paragraph of his reasons for judgment where he says, (see 21 D.L.R. (3d) at p. 585):

When one accepts the view that under a *Scott v. Avery* clause there is no right of action until the condition precedent has been satisfied, he is forced to say that no application for leave to issue the writ *ex juris* can be granted until the terms of the *Scott v. Avery* clause have been met.

In view of all the above, I would dismiss these appeals. The respondents will have their costs in this Court, but I would not disturb the disposition of costs made by the Appeal Division.

Judson J. also concurred in the judgment of

LASKIN J.—The two appeals before us, brought here by leave of this Court, relate to (1) an order of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, granting to Burns and Roe of Canada Limited a stay of proceedings against it by the appellants, and (2) an order of that Court setting aside an order against Burns and Roe, Inc. for the issue and service of a concurrent writ of summons *ex juris*. Both orders in appeal here were in reversal of orders of Gillis J., who refused a stay of proceedings and refused to set aside an order for the issue of a concurrent writ and service of notice thereof *ex juris* upon the respondent Burns and Roe, Inc. which were directed by Cowan C.J.T.D.

The matters in appeal arise out of certain engineering obligations undertaken by Burns and Roe of Canada Limited, of which Burns and Roe, Inc. became guarantor, in respect of the construction of a heavy water plant by the appellant Deuterium of Canada Limited. I shall

Burns and Roe Inc. un bref concurrent hors du territoire juridictionnel, je suis d'accord avec M. le Juge Coffin, qui parlait au nom de la majorité de la Division d'appel, qu'il est impossible de faire droit à la demande de semblable autorisation une fois la demande de suspension d'instance faite, et je reprends à mon compte la phrase suivante de l'avant-dernier alinéa de ses motifs de jugement (voir 21 D.L.R. (3d), à la p. 585):

[TRADUCTION] Quand on adopte le point de vue qu'en vertu d'une clause *Scott v. Avery* il n'existe pas de droit d'action tant que n'a pas été remplie la condition préalable, on est forcé de dire qu'aucune demande d'autorisation d'émettre le bref *ex juris* ne peut être accordée avant que les conditions de la clause *Scott v. Avery* n'aient été remplie.

Vu ce qui précède, je suis d'avis de rejeter les pourvois. Les intimées ont droit à leurs dépens en cette Cour, mais je n'interviendrais pas dans l'attribution des dépens faite par la Division d'appel.

Le juge Judson a aussi souscrit le jugement du

JUGE LASKIN—Les deux pourvois, interjetés avec l'autorisation de cette Cour, ont trait à (1) un jugement de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en sa Division d'appel, accordant à Burns and Roe of Canada Limited une suspension de l'instance engagée contre elle par les appelantes, et (2) un jugement de la même Cour annulant une ordonnance rendue contre Burns and Roe, Inc. visant l'émission et la signification d'un bref concurrent d'assignation *ex juris*. Les deux jugements dont appel infirment des ordonnances du Juge Gillis, qui avait refusé une suspension d'instance et refusé d'écarter l'ordonnance d'émission de bref concurrent et de signification d'avis *ex juris* à l'intimée Burns and Roe, Inc. que M. le Juge en chef Cowan de la Division d'instruction avait prononcée.

Les questions en appel découlent de certaines obligations d'ingénierie assumées par Burns and Roe Canada Limited, dont Burns and Roe, Inc. s'était portée garante, relativement à la construction d'une usine d'eau lourde par l'appelante Deuterium of Canada Limited. Je parlerai plus

refer in more detail later to the respective obligations of the various parties, but it is sufficient for the moment to say that the issues now before this Court were precipitated by a dispute between Burns and Roe of Canada Limited and Deuterium of Canada Limited as a result of which the former invoked an arbitration clause in the contract between them, and by notice of January 19, 1970 claimed a certain sum from the latter and nominated an arbitrator. Deuterium of Canada Limited in turn nominated an arbitrator and gave notice at the same time of its intention to submit against the two Burns and Roe companies a counterclaim, of which no details were given then or later. Before any further steps were taken in the proposed arbitration, Deuterium of Canada Limited and its subsidiary Cape Breton Heavy Water Limited brought action on March 4, 1970 claiming damages in tort and in contract against the two Burns and Roe companies and against two other companies, Allis-Chalmers Canada Limited and Canada Valve and Hydrant Company Limited (which was substituted for A.C. Forr Canada Limited, originally named as a defendant), which were suppliers of parts for the construction project. On March 6, 1970, Cowan C.J.T.D. gave leave to issue a concurrent writ in the action and to serve notice thereof *ex juris* upon Burns and Roe, Inc., in the State of New Jersey. The general contractor for the project, Brown and Root Limited, was later added as a party defendant.

I have had the advantage of reading the reasons drafted by my brother Ritchie before preparing my own and I reach the same conclusion that he has reached. The substantial question before this Court is whether the contract between the parties contains a so-called "Scott and Avery" clause, and, even if it does, whether in view of the complexity of the issues sought to be litigated by the appellants, having regard to the parties involved, and having regard to the *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12, the action should be stayed pending the outcome of the

loin et plus en détail des obligations respectives des diverses parties, mais il suffit pour le moment de dire que ce qui a précipité les litiges dont cette Cour est maintenant saisie, c'est un différend entre Burns and Roe of Canada Limited et Deuterium of Canada Limited en conséquence de quoi la première compagnie mentionnée a invoqué une clause d'arbitrage du contrat conclu entre elles, et par un avis daté du 19 janvier 1970 a réclamé une certaine somme de Deuterium of Canada Limited et a nommé un arbitre. Deuterium of Canada Limited à son tour a nommé un arbitre et a donné avis à la même époque de son intention de déposer contre les deux compagnies Burns and Roe une demande reconventionnelle, dont les détails n'ont été donnés ni à ce moment-là ni plus tard. Avant que d'autres mesures n'aient été prises concernant l'arbitrage projeté, Deuterium of Canada Limited et sa filiale Cape Breton Heavy Water Limited ont, le 4 mars 1970, intenté des poursuites en dommages extracontractuels et contractuels contre les deux compagnies Burns and Roe et contre deux autres compagnies, Allis-Chalmers Canada Limited et Canada Valve and Hydrant Company Limited (qui fut substituée à A.C. Forr Canada Limited, initialement citée comme une des défenderesses), des fournisseurs de pièces pour la construction projetée. Le 6 mars 1970, M. le Juge en chef Cowan de la Division d'instruction a donné la permission d'émettre un bref concurrent dans l'action et d'en signifier avis *ex juris* à Burns and Roe, Inc, dans l'État du New Jersey. L'entrepreneur général du projet, Brown and Root Limited, a été ajouté plus tard comme partie défenderesse.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le Juge Ritchie avant de préparer les miens et j'arrive à la même conclusion que lui. La question essentielle devant cette Cour est de savoir si le contrat entre les parties contient une clause dite «Scott et Avery» et, même s'il en contient une, si à cause de la complexité des questions sur lesquelles les appelantes veulent engager une contestation tenant compte des parties en cause, et tenant compte de l'*Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c.12, l'action doit être suspendue dans l'attente de l'aboutissement de

proposed arbitration between the appellant Deuterium of Canada Limited and the two Burns and Roe companies.

It will be convenient hereafter to refer to the various parties as Deuterium, Cape Breton, BR Canada, BR U.S., Allis-Chalmers, Canada Valve and Brown and Root respectively.

By an agreement dated March 12, 1964, but executed later in 1964, Deuterium engaged BR Canada to supply the engineering services in connection with the construction of a heavy water plant by Deuterium. BR U.S. guaranteed the performance of the engineering services which were to be paid for on a cost plus fixed fee basis. The contract contemplated construction of an initial stage plant with a capacity of 200 tons of heavy water per year but it contemplated expansion to 400 tons per year (the appellant alleges that it was to 425 tons per year, but this difference is immaterial for present purposes). I am satisfied to accept the conclusion of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, that what were called the X and Y extensions, on which work was performed by BR Canada at Deuterium's request in 1966, were governed by the terms of the original contract. Cape Breton, which was incorporated in 1967, leased from Deuterium the land on which the Y extension was built and was charged by Deuterium for payments for services but never had any direct contractual relationships with either of the Burns and Roe companies. Allis-Chalmers entered into a contract with Deuterium to supply compressor units to the plant and Canada Valve contracted with Deuterium to supply valves.

By its notice of arbitration of January 19, 1970, BR Canada claimed $353,303.98 plus interest and named its arbitrator, all pursuant to Article VIII of the original contract. In giving notice of a proposed counterclaim and naming its arbitrator, Deuterium also invoked Article

l'arbitrage projeté entre l'appelante Deuterium of Canada Limited et les deux compagnies Burns and Roe.

Pour plus de commodité, les diverses parties seront ci-après appelées Deuterium, Cape Breton, BR Canada, BR U.S., Allis-Chalmers, Canada Valve et Brown and Root respectivement.

Par une convention datée du 12 mars 1964, mais signée plus tard en 1964, Deuterium a retenu le concours de BR Canada pour la fourniture par celle-ci des services d'ingénierie relatifs à la construction par Deuterium d'une usine d'eau lourde. BR U.S. s'est portée garante de l'exécution des services d'ingénierie, qui devaient être rémunérés sur une base de coût plus un honoraire déterminé. Le contrat envisageait la construction, à la phase initiale, d'une usine d'une capacité de 200 tonnes d'eau lourde par année, qui serait ensuite augmentée à 400 tonnes par année (l'appelante soutient que la capacité devait plutôt être portée à 425 tonnes par année, mais cette différence n'a pas d'importance pour les fins actuelles). Je suis disposé à accepter la conclusion de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse, Division d'appel, selon laquelle ce qu'on a appelé les rallonges X et Y, sur lesquelles des travaux furent exécutés par BR Canada à la demande de Deuterium en 1966, étaient régies par les conditions du contrat initial. Cape Breton, qui fut constituée en 1967, a loué de Deuterium le terrain sur lequel la rallonge Y fut construite, et Deuterium lui a facturé des paiements relatifs à des services, mais Cape Breton n'a jamais eu de rapports contractuels avec l'une ou l'autre des compagnies Burns et Roe. Allis-Chalmers a conclu avec Deuterium un contrat dans lequel elle s'engageait à fournir des compresseurs à l'usine et Canada Valve a conclu avec Deuterium un contrat de fourniture de valves.

Dans son avis d'arbitrage daté du 19 janvier 1970, BR Canada a réclamé $353,303.98, plus les intérêts, et a désigné son arbitre, le tout conformément à l'article VIII du contrat initial. En donnant avis d'une demande reconventionnelle projetée et nommant son arbitre, Deute-

VIII. It appears that Allis-Chalmers also gave notice of arbitration to Deuterium, apparently under an arbitration clause in its contract, claiming $61,660.09.

It is undisputed that the plant was a failure, producing no heavy water, and it has been dismantled. Deuterium's action of March 4, 1970 involved claims against the Burns and Roe companies to fix them with liability for the failure and claims against Allis-Chalmers and Canada Valve for breach of warranty; and, because Brown and Root was added as a defendant, it is a fair inference that Deuterium intends to claim against it as well in respect of the construction contract. There are thus a series of claims involved in one comprehensive action against a number of defendants arising out of a number of contracts relating to the same projects, some of the claims sounding in tort as well as in contract.

Article VIII of the arbitration clause in the original contract with the Burns and Roe companies reads as follows:

Any dispute, unresolved claim or failure to agree between the company on one hand and the engineer and/or guarantor on the other hand which cannot be informally resolved or settled between the parties between thirty (30) days from the time such controversy is made known as such to all parties in writing shall, at the option of the company or the engineer be considered a dispute to be settled by a submission to two arbitrators, one nominated by the company and the other by the engineer, under the provisions of the Arbitration Act of Nova Scotia, and the award made pursuant to such provisions shall, as provided therein, be final and binding on the parties and may by leave of the Supreme Court of Nova Scotia or a single judge thereof, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, subject nevertheless to such rights of modification, correction or vacation or of appeal from any judgment entered thereon as may be provided by law. Unless otherwise expressly provided by statute, all required notices shall be served in writing, personally or by registered mail.

rium a aussi invoqué l'article VIII. Il semble qu'Allis-Chalmers ait également donné un avis d'arbitrage à Deuterium, apparemment en vertu d'une clause d'arbitrage dans son contrat, réclamant $61,660.09.

Personne ne conteste que l'usine a été un échec, ne produisant pas d'eau lourde, et elle a été démantelée. L'action de Deuterium en date du 4 mars 1970 vise à imputer aux compagnies Burns et Roe la responsabilité de l'échec, et contient des réclamations contre Allis-Chalmers et Canada Valve pour violation de garantie; et, parce que Brown and Root fut ajoutée comme défenderesse, il est raisonnable de déduire que Deuterium a l'intention de faire une réclamation contre elle aussi relativement au contrat de construction. Il s'agit donc d'une série de réclamations comprises dans une action unique intentée contre un certain nombre de défenderesses, relativement à plusieurs contrats ayant trait aux mêmes projets, et certaines des réclamations sont extracontractuelles aussi bien que contractuelles.

L'article VIII de la clause d'arbitrage du contrat initial conclu avec les compagnies Burns and Roe se lit comme suit:

[TRADUCTION] Les différends, réclamations non réglées ou désaccords entre la compagnie, d'une part, et l'ingénieur et (ou) le garant, d'autre part, que les parties ne peuvent régler ou résoudre entre elles dans les trente (30) jours de la date où la controverse est portée par écrit à la connaissance de toutes les parties doivent, au choix de la compagnie ou de l'ingénieur, être tenus pour des différends à régler par un compromis recourant à l'arbitrage de deux arbitres, l'un désigné par la compagnie et l'autre par l'ingénieur, sous le régime des dispositions de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, et la sentence rendue conformément auxdites dispositions est, comme il y est prévu, finale et irrévocable et peut, avec l'autorisation de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ou d'un de ses juges seul, être exécutoire de la même manière qu'un jugement ou une ordonnance au même effet, sous réserve néanmoins des droits de modification, correction, annulation ou appel de tout jugement rendu sur la sentence prévue par la loi. Sauf disposition expresse d'une loi, tous les avis requis doivent être signifiés par écrit, en personne ou sous pli recommandé.

Submission to arbitration pursuant to the provisions of this Article VIII shall be a condition precedent to the bringing of any action with respect to this agreement, but, subject to such limitation, any claim against the company on the one hand, the enginner and/or the guarantor on the other hand or vice versa may be adjudicated, both in the first instance and upon review, in appropriate proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia and if any party asserts such an appeal, in the Supreme Court of Canada. For such purpose the engineer and the guarantor hereby irrevocably consent and submit, both as to person and subject matter, to the jurisdiction of the Supreme Court of Nova Scotia and to the entry of any judgment rendered in any such proceedings, subject always to the rights of appeal as aforesaid. If any judgment is recovered against the engineer and/or guarantor in any such proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia or in any appeal therefrom, the engineer and guarantor as the case may be, further irrevocably agree that they will neither contest such judgment in any jurisdiction where the company deems realization of such judgment necessary or desirable, nor oppose such realization, nor will they raise in such jurisdiction any defence to such judgment or realization by way of set-off, counterclaim or denial of the jurisdiction of the Supreme Court of Nova Scotia. The engineer and the guarantor hereby appoint of Nova Scotia, or such other person whose name and address they may subsequently give to the company in writing as their agent duly authorized by them to accept service of any process in connection with any such proceeding in the Supreme Court of Nova Scotia or the Supreme Court of Canada and to enter any necessary appearance on their behalf, and the engineer and the guarantor hereby consent that service of any such process on said or such other agent shall constitute service upon the engineer at its address at 25 King Street West, Toronto 1, Ontario, and upon the guarantor at its address at 160 West Broadway, New York, N.Y., or at such other addresses as are subsequently furnished to the company by the engineer and the guarantor.

For all purposes this agreement shall be governed by the laws of the Province of Nova Scotia.

Following the commencement of the action against it and after its appearance thereto, BR

Le recours à l'arbitrage conformément aux dispositions du présent article VIII est une condition préalable de l'introduction d'une action relative à la présente convention, mais sous réserve de cette restriction, toute réclamation contre la compagnie d'une part, l'ingénieur et (ou) le garant d'autre part, ou *vice versa,* peut être décidée tant en première instance qu'en révision sur recours approprié engagé en Cour suprême de Nouvelle-Écosse et, si l'une des parties interjette un pourvoi, en Cour suprême du Canada. A cette fin l'ingénieur et le garant par les présentes irrévocablement consentent et se soumettent, à la fois pour ce qui est des personnes et de la question en litige, à la compétence de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et à l'inscription de tout jugement prononcé à la suite de semblable recours, toujours sous réserve des droits d'appel précités. Si un jugement est rendu contre l'ingénieur et (ou) le garant à la suite de semblable recours en Cour suprême de Nouvelle-Écosse ou à la suite d'un appel interjeté depuis cette cour-là, l'ingénieur et le garant, selon le cas, s'engagent de plus, irrévocablement, à ne pas contester le jugement dans un ressort territorial où la compagnie estime qu'il est nécessaire ou souhaitable de l'exécuter, et à ne pas s'opposer à semblable exécution, et à ne pas opposer, en semblable ressort, par voie de compensation, demande reconventionnelle ou négation de la compétence de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse, un moyen de défense contre le jugement ou son exécution. L'ingénieur et le garant par les présentes nomment de Nouvelle-Écosse, ou toute autre personne dont le nom et l'adresse pourront être donnés ultérieurement par écrit à la compagnie, comme leur agent dûment autorisé à accepter la signification d'actes de procédure relatifs à de tels recours en Cour suprême de Nouvelle-Écosse ou Cour suprême du Canada et à comparaître en leur nom chaque fois que la chose sera nécessaire, et l'ingénieur et le garant conviennent par les présentes que la signification de tout acte semblable audit ou à cet autre agent constitue une signification à l'ingénieur à son adresse, 25 ouest, rue King, Toronto 1, (Ontario), et au garant à son adresse, 160 West Broadway, New york, N.Y., ou une signification aux adresses, quelles qu'elles soient, que l'ingénieur et le garant pourront ultérieurement fournir à la compagnie.

A toutes fins, la présente convention est régie par les lois de la province de Nouvelle- Écosse.

A la suite de l'introduction de l'action contre elle et de sa comparution y afférente, BR

Canada moved under s. 5 of the Nova Scotia *Arbitration Act* for a stay of proceedings. BR U.S., after service of the notice of the writ upon it moved to set aside the service *ex juris*. I am satisfied that the disposition of the issue of service *ex juris* depends on what disposition is made of the application for a stay of proceedings; this was the view taken by the Appeal Division and I agree with it.

Section 5 of the *Arbitration Act* is in these terms:

> If any party to a submission, or any person claiming through or under him, commences any legal proceedings in any court against any other party to the submission, or any person claiming through or under him, in respect to any matter agreed to be referred, any party to such legal proceedings may, at any time after appearance, and before delivering any pleadings, or taking any other steps in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings, and that court, or a judge thereof, if satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission, and that the applicant was, at the time when the proceedings were commenced, and still remains, ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration, may make an order staying the proceedings.

This provision is taken directly from s. 4 of the English *Arbitration Act*, 1889, 52 & 53 Vict., c. 89. It must be remembered that prior to the *Common Law Procedure Act* of 1854 and prior to the 1889 *Arbitration Act*, a promise to arbitrate was not directly or indirectly enforceable to compel arbitration, and hence, although breach of the obligation was itself actionable, an action taken in defiance of an arbitration clause would not be stayed: see *Doleman & Sons v. Ossett Corporation*[10].

[10] [1912] 3 K.B. 257.

Canada a demandé, en vertu de l'art. 5 de *l'Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, une suspension d'instance. BR U.S., après qu'on lui eut signifé avis du bref, a demandé que soit écartée la signification *ex juris*. J'ai la conviction que le règlement de la question de signification *ex juris* dépend de la décision qui sera rendue sur la demande de suspension d'instance; c'est le point de vue adopté par la Division d'appel et je suis d'accord avec elle.

L'article 5 de l'*Arbitration Act* est conçu en ces termes:

> [TRADUCTION] Si une partie à un compromis, ou une personne poursuivant aux droits de cette partie ou par elle, intente des procédures dans une cour quelconque contre une autre des parties au compromis, ou une personne réclamant aux droits de cette autre partie ou par elle, relativement à toute question qu'on avait convenu d'envoyer à l'arbitrage, l'une quelconque des parties à semblables procédures peut, en tout temps après la comparution, et avant de produire des plaidoieries écrites, ou de passer à d'autres étapes de la procédure, demander à cette cour-là une suspension d'instance; et si la cour, ou l'un de ses juges, a la conviction qu'il n'y a pas de raison suffisante militant contre le renvoi à l'arbitrage conformément au compromis, et que la partie qui fait la demande était, à l'époque où les procédures furent entamées, et est encore, prête et disposée à faire toutes choses nécessaires à la bonne conduite de l'arbitrage, elle peut ordonner une suspension d'instance.

Cette disposition provient directement de l'art. 4 de l'*Arbitration Act* d'Angleterre, 1889, 52 & 53 Vict., c. 89. Il faut se rappeler qu'avant le *Common Law Procedure Act* de 1854 et avant l'*Arbitration Act* de 1889, une promesse d'arbitrage n'était pas directement ni indirectement exécutoire pour imposer l'arbitrage, et partant, même si la violation de l'obligation donnait en soi matière à procès, des poursuites intentées au mépris d'une clause d'arbitrage ne pouvaient être suspendues: voir *Doleman & Sons v. Ossett Corporation*[10].

[10] [1912] 3 K. B. 257.

Gillis J. came to the conclusion that he should, in the exercise of discretion, refuse a stay. In his reasons, he made the following findings: (1) there were complex issues to be decided as between the appellants and the two Burns and Roe companies; (2) there was the probability of liability on the part of one or both of Allis-Chalmers and A.C. Forr Canada Limited (now Canada Valve); (3) the contracts with these additional defendants contained arbitration clauses, and if a stay should be granted, there may be three arbitration tribunals set up which may reach inconsistent findings of fact relative to fault in respect of the whole of the damage suffered by the appellants.

So far as the initial stage plant was concerned, it was the conclusion of Gillis J. that there was a requirement of arbitration, that there had been actual notice thereof and a submission to arbitration by the two parties involved. Gillis J. stated that, *prima facie*, the parties should be left to their agreement, but s. 5 of the *Arbitration Act* empowered a judge to order a stay "if satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred to arbitration". In his view, the question to be determined was whether there were sufficient reasons why the discretion of the Court should not be exercised in favour of a stay.

One of the reasons given by him for denying a stay was founded on his finding (which the Appeal Division did not accept) that the X and Y extensions were not subject to the original contract or to its arbitration provision. A second reason was that the question of the relationship of BR Canada and BR U.S. to each other, and of each of them to the appellants, relative to the contract and the performance of services, was of great complexity involving questions of direct and vicarious liability. Although complex issues were submissible to arbitration, several references to the Court under s. 20 of the *Arbi-*

M. le Juge Gillis a conclu qu'il devait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser une suspension d'instance. Dans ses motifs, il a tiré les conclusions suivantes: (1) il y avait des questions complexes à décider entre les appelantes et les deux compagnies Burns et Roe; (2) il y avait probabilité de responsabilité de la part d'Allis-Chalmers ou de A. C. Forr Canada Limited (maintenant Canada Valve), ou des deux; (3) les contrats conclus avec ces défenderesses additionnelles renfermaient des clauses d'arbitrage, et si une suspension devait être accordée, il se pourrait que soient constitués trois tribunaux d'arbitrage qui seraient susceptibles d'arriver à des conclusions incompatibles sur les faits relativement à la faute en ce qui concerne la totalité du dommage subi par les appelantes.

Pour ce qui a trait à l'usine dans sa phase initiale, M. le Juge Gillis a conclu qu'il existait une exigence de recours à l'arbitrage, qu'il y avait eu notification de cette exigence et recours à l'arbitrage de la part des deux parties en cause. M. le Juge Gillis a déclaré que, à première vue, il fallait que les parties s'en tiennent à leur convention, mais que l'art. 5 de l'*Arbitration Act* conférait au juge le pouvoir d'ordonner une suspension «(s'il) a la conviction qu'il n'y a pas de raison suffisante militant contre le renvoi à l'arbitrage». Selon lui, la question à trancher était celle de savoir s'il existait des raisons suffisantes pour que la discrétion de la cour ne soit pas exercée en faveur d'une suspension d'instance.

L'un des motifs qu'il a donnés pour refuser une suspension était fondé sur sa conclusion (que la Division d'appel n'a pas acceptée) que les rallonges X et Y n'étaient pas assujetties au contrat initial ou à sa clause d'arbitrage. Un second motif a été que la question des rapports de BR Canada et BR U.S. entre elles, et de chacune d'elles avec les appelantes, relativement au contrat et à la prestation de services, était d'une grande complexité impliquant des questions de responsabilité directe et de responsabilité du fait d'autrui. Bien que des questions complexes puissent être susceptibles d'être sou-

*tration Act* might be necessary to settle questions of law, whereas all issues were now before the Court in one action. The third and most compelling reason for Gillis J. was the fact that there were multiple party defendants, having agreements with Deuterium which included arbitration clauses and there was therefore the likelihood of several different arbitration tribunals with the possibility of inconsistent findings. Relying on English authority, Gillis J. concluded that on all the facts in evidence it would be unfair to allow the arbitration to proceed.

mises à l'arbitrage, plusieurs renvois à la cour sous le régime de l'art. 20 de l'*Arbitration Act* pouvaient s'avérer nécessaires au règlement des questions de droit, tandis que toutes les questions en litige étaient alors devant la Cour au moyen d'une seule action. Le troisième motif, le plus impératif pour M. le Juge Gillis, tenait au fait qu'il y avait multiplicité de parties défenderesses, lesquelles avaient conclu avec Deuterium des conventions renfermant des clauses d'arbitrage, et qu'il y avait donc probabilité de plusieurs tribunaux d'arbitrage distincts et possibilité de conclusions incompatibles. S'appuyant sur la jurisprudence anglaise, M. le Juge Gillis a conclu que, devant tous les faits prouvés il serait injuste de permettre à l'arbitrage de suivre son cours.

In reversing Gillis J., the Appeal Division proceeded on the basis that Article VIII of the governing contract made submission to arbitration, and a consequent award, a condition precedent to any action, that this was a valid "Scott and Avery" clause which could not be overcome under s. 5 of the Nova Scotia *Arbitration Act*, and hence a stay of proceedings was compelled. Coffin J.A., who delivered the opinion of the Appeal Division (although there were concurring reasons by Cooper J.A.), said this in the course of his reasons:

En infirmant la décision de M. le Juge Gillis, la Division d'appel est partie de la prémisse que l'article VIII du contrat directeur fait du renvoi à l'arbitrage, et de la sentence, une condition préalable de toute action, qu'il s'agit d'une clause «Scott et Avery» valide à laquelle on ne peut passer outre sous le régime de l'art. 5 de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, et partant qu'une suspension d'instance s'imposait. M. le Juge Coffin, qui a exprimé l'avis de la Division d'appel (bien que M. le Juge d'appel Cooper ait rédigé des motifs concordants), a dit dans son exposé:

> Were these proceedings governed by the English Arbitration Act, my inclination would be to follow the opinion of Lord Denning [in *Taunton-Collins v. Cromie*, [1964] 2 All E.R. 332] and allow the action to proceed.

> [TRADUCTION] Si l'instance était régie par l'*Arbitration Act* anglais, j'inclinerais à suivre l'avis de Lord Denning [dans *Taunton-Collins v. Cromie*, [1964] 2 All E. R. 332] et à laisser l'action suivre son cours.

The reference to the English *Arbitration Act* was a reference to s. 25(4) of the Act of 1950, 14 Geo. VI, c. 27, (similar to s. 3(4) of the English Act of 1934, 24 & 25 Geo. V, c. 14) which is as follows:

Le renvoi à l'*Arbitration Act* anglais visait le par. 4 de l'art. 25 de la loi de 1950, 14 Geo. VI, c. 27, (similaire au par. 4 de l'art. 3 de la loi anglaise de 1934, 24 et 25 Geo. V, c. 14), qui est rédigé en ces termes:

> 25(4) Where it is provided (whether by means of a provision in the arbitration agreement or otherwise) that an award under an arbitration agreement shall be a condition precedent to the bringing of an action with respect to any matter to which the agreement applies, the High Court, if it orders (whether under this section or under any other enactment) that the agreement shall cease to have effect as regards any

> [TRADUCTION] 25(4) Lorsqu'il est prévu (soit au moyen d'une disposition de la convention d'arbitrage ou autrement) qu'une sentence sous le régime d'une convention d'arbitrage est une condition préalable de l'introduction d'une action relative à une affaire à laquelle la convention s'applique, la Haute Cour, si elle statue (que ce soit en vertu du présent article ou d'une autre disposition législative) que la convention

particular dispute, may further order that the provision making an award a condition precedent to the bringing of an action shall also cease to have effect as regards that dispute.

This provision purports to put the Court in the same position to allow an action to proceed, notwithstanding that an arbitration award is a condition precedent to a cause of action (the Scott and Avery clause) as it would be if there was merely a promise to arbitrate. There is no such provision in the Nova Scotia *Arbitration Act*, but Gillis J. did not appear to think that express reference to the Court's power to disregard a Scott and Avery clause was necessary. It was certainly his view that s. 5 of the Nova Scotia *Arbitration Act* provided an adequate basis of authority for the exercise of his discretion to refuse a stay of the action.

The difficulty with this conclusion is shown in the reasons of Romer L.J. in *Freshwater v. Western Australian Assurance Co.*[11] at p. 528, a case decided shortly before the enactment of the English *Arbitration Act* of 1934 which gave the Courts the power to refuse a stay notwithstanding a Scott and Avery clause. Romer L.J. said this:

I think that this action ought to be stayed, and for this reason. If the action goes on and the defendants can satisfy the Court that arbitration was a condition precedent to the action being brought against the insurance company, the condition precedent to their being liable to the plaintiff, the judge, so far as I can see, would have no course open to him but to dismiss the action with costs. If, on the other hand, we now stay these proceedings, the matter will go to arbitration; it will no longer be open to the insurance company to avail themselves of the defence that there has been no performance of the condition precedent relating to the making of an award, and this difficult and important question of law may, and I have no doubt will, as was pointed out by the Master of the Rolls, be raised for the decision of the Court on a case stated.

[11] [1933] 1 K.B. 515.

doit cesser d'avoir effet quant à un différend précis, peut statuer en outre que la disposition qui fait d'une sentence arbitrale une condition préalable de l'introduction d'une action cessera d'avoir effet quant à ce différend.

Cette disposition a pour objet de placer la cour dans la même position, pour permettre à l'action de suivre son cours nonobstant qu'une décision arbitrale soit une condition préalable de la cause d'action (la clause Scott et Avery), que celle qu'elle occuperait s'il n'y avait qu'une simple promesse de se soumettre à l'arbitrage. Il n'y pas de disposition semblable dans l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, mais M. le Juge Gillis n'a pas semblé croire nécessaire de mentionner expressément le droit de la Cour de ne pas tenir compte d'une clause Scott et Avery. Il était certainement d'avis que l'art. 5 de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse fournissait une base suffisante à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension des procédures.

La difficulté qui naît de cette conclusion est mise en lumière dans les motifs du Juge Romer dans l'arrêt *Freshwater v. Western Australian Assurance Co.*[11] à la p. 528, une affaire jugée peu avant l'adoption de l'*Arbitration Act* anglais de 1934 qui accordait aux cours le pouvoir de refuser une suspension d'instance malgré une clause Scott et Avery. Le Juge Romer a dit ceci:

[TRADUCTION] Je crois que l'action doit être suspendue, et pour le motif que voici. Si l'action suit son cours et que les défendeurs réussissent à convaincre la cour que l'arbitrage était une condition préalable de l'introduction de l'action contre la compagnie d'assurance, la condition préalable de leur responsabilité envers le demandeur, le juge, pour autant que je puisse en juger, ne pourra rien faire d'autre que de rejeter l'action avec dépens. Si, d'autre part, nous suspendons maintenant les procédures, l'affaire ira à l'arbitrage; il ne sera plus loisible à la compagnie d'assurance de se prévaloir du moyen de défense selon lequel la question préalable afférente à l'établissement d'une décision arbitrale n'a pas été remplie, et cette question de droit difficile et importante pourra être, et sera je n'en doute pas, comme l'a fait remarquer le Maître des rôles, soulevée sur exposé de cause en vue d'une décision de la cour.

[11] [1933] 1 K.B. 515.

It appears to me, therefore, that what must be decided is whether the Scott and Avery clause should continue to be recognized and, if so, whether Article VIII in question here is such a clause.

As to the first point, although *Scott v. Avery*[12] itself, was narrowly construed a few years later in *Horton v. Sayer*[13], as limiting the condition precedent to action to the amount due, it has been taken in a succession of later cases, including cases in this Court, as enabling parties to a contract validly to make a reference to arbitration of all disputes thereunder, whether involving questions of law or not, and an award thereon a condition precedent to resort to the Courts: see *Woodall v. Pearl Assurance Co.*[14], at pp. 607-8; *Atlantic Shipping and Trading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*[15]; *Guerin v. Manchester Fire Insurance Co.*[16]

In a well known judgment on the subject under discussion, *Meacham v. Jamestown, F.&C.R. Co.*[17], Cardozo J., in separate concurring reasons in a refusal by the New York Court of Appeals to uphold a Scott and Avery clause, said this (at p. 655):

An agreement that all differences arising under a contract shall be submitted to arbitration relates to the law of remedies, and the law that governs remedies is the law of the forum. In applying this rule, regard must be had, not so much to the form of the agreement, as to its substance. If an agreement that a foreign court shall have exclusive jurisdiction is to be condemned it is not saved by a declaration that resort to the foreign court shall be deemed a condition precedent to the accrual of a cause of action. A rule would not long survive if it were subject to be avoided by so facile a device. Such a contract, whatever form it may assume, affects in its operation the remedy alone. . . . Whether the attempt to bring

[12] (1856), 5 H.L.C. 809, 10 E.R. 1121.
[13] (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993.
[14] [1919] 1 K.B. 593.
[15] [1922] 2 A.C. 250.
[16] (1898), 29 S.C.R. 138.
[17] (1914), 105 N.E. 653, 211 N.Y. 346.

Il me paraît donc que ce qu'il faut décider, c'est s'il faut continuer à reconnaître la clause Scott et Avery et, dans l'affirmative, si l'art. VIII dont il est ici question est une clause de ce genre.

Pour ce qui est du premier point, bien que l'arrêt *Scott v. Avery* lui-même[12], ait été interprété étroitement quelques années plus tard dans l'affaire *Horton v. Sayer*[13], comme limitant au montant dû la condition préalable à une action, on l'a interprété dans une série d'affaires ultérieures, y compris des affaires jugées en cette Cour, comme permettant aux parties à un contrat de soumettre validement à l'arbitrage tous les différends s'y rapportant, qu'ils comportent des questions de droit ou non, et de stipuler que la sentence arbitrale rendue à leur égard est une condition préalable du recours aux tribunaux: voir *Woodall v. Pearl Assurance Co.*[14], aux pp. 607-8; *Atlantic Shipping and Trading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*[15]; *Guerin c. Manchester Fire Insurance Co.*[16]

Dans un jugement bien connu sur la question en litige, *Meacham v. Jamestown, F.&C.R. Co.*[17], le Juge Cardozo, dans des motifs concordants et distincts à l'appui de la décision de la Cour d'appel de New York de refuser de valider une clause Scott et Avery, a dit ceci (à la p. 655):

[TRADUCTION] Une convention prévoyant que tous les différends découlant d'un contrat doivent être soumis à l'arbitrage se rattache au droit des redressements, et la loi qui régit les redressements est la loi du for. Dans l'application de cette règle, il faut tenir compte moins de la forme que du fond de la convention. Si une convention prévoyant qu'une cour étrangère aura compétence exclusive est condamnable, elle ne devient pas acceptable du fait d'une déclaration que le recours à la cour étrangère sera censé constituer une condition préalable de la naissance d'une cause d'action. Une règle ne survivrait pas longtemps si un expédient aussi facile permettait de s'en écarter. Un tel contrat, quelle que soit la forme qu'il revête,

[12] (1856), 5 H.L.C. 809, 10 E.R. 1121.
[13] (1859), 4 H.&N. 643, 157 E.R. 993.
[14] [1919] 1 K.B. 593.
[15] [1922] 2 A.C. 250.
[16] (1898), 29 R.C.S. 138.
[17] (1914), 105 N.E. 653, 211 N.Y. 346.

about this result takes the form of a condition precedent or a covenant it is equally ineffective.

Legislation in New York State, subsequently enacted, has changed the picture there, and it may be stated generally that many American States have legislation which authorizes the Courts to stay an action pending arbitration even if there is no Scott and Avery clause: see *Corbin on Contracts*, Vol. 6A (1962), s. 1435.

The position in Nova Scotia, absent such legislation as exists now in England, is to deprive the Courts of jurisdiction over the merits of a commercial dispute where arbitration and award are a condition precedent to action and to leave to them only the jurisdiction to review the award. This is not because of legislation which alone compels this result (as is the case in labour-management relations) but because of the acceptance of a broad view of *Scott v. Avery* as not being contrary to any public policy respecting the jurisdiction of the ordinary Courts.

In the face of arbitration statutes which, like that in Nova Scotia and others elsewhere in Canada, are designed to place private arbitration on a regulated footing, I am not prepared at this date to revert to a common law policy of jealous reaction to the attempted supersession of the original jurisdiction of the ordinary Courts. It remains therefore to consider whether Article VIII in the present case provides escape from the discretionary authority to allow an action to proceed.

Article VIII provides for submission of unresolved disputes to arbitration by two arbitrators (one nominated by each party) under the Nova Scotia *Arbitration Act* and that the award, pursuant to the Act, shall be final and binding, subject to such rights of modification, correction or vacation or of appeal from any judgment entered thereon as may be provided by law. It

n'a d'effet dans sa mise à exécution que sur le redressement. . . . Que la tentative d'amener ce résultat soit sous forme de condition préalable ou d'engagement formel, elle est également inefficace.

Une loi de l'État de New York, adoptée subséquemment, y a modifié la situation, et on peut généralement dire que les États américains possèdent une législation qui permet aux tribunaux de suspendre une action en attendant l'arbitrage même s'il n'y a pas de clause Scott et Avery: voir *Corbin on Contracts*, Vol. 6A (1962), sec. 1435.

La position adoptée en Nouvelle-Écosse, où il n'y a pas de législation comme celle qui existe maintenant en Angleterre, est de priver les tribunaux de la compétence de connaître du fond d'un différend commercial lorsque l'arbitrage et la sentence arbitrale sont une condition préalable de l'action, et de leur laisser uniquement compétence pour réviser la sentence arbitrale. Cela n'est pas à cause d'une législation qui à elle seule amène obligatoirement ce résultat (comme il arrive dans les relations du travail) mais à cause de l'acceptation d'une vue large selon laquelle l'arrêt *Scott* v. *Avery* n'est pas contraire à des exigences d'ordre public relatives à la compétence des juridictions ordinaires.

Face à des lois sur l'arbitrage qui, comme celle de la Nouvelle-Écosse et comme d'autres ailleurs au Canada, sont conçues de façon à doter l'arbitrage privé d'une réglementation, je ne suis pas disposé aujourd'hui à retourner à une ligne de conduite de *common law* consistant à réagir jalousement à la tentative de supplanter la conpétence originelle des juridictions ordinaires. Il reste donc à déterminer si l'article VIII en l'espèce fournit un moyen d'échapper au pouvoir discrétionnaire de permettre qu'une action suive son cours.

L'article VIII prévoit que les différends non réglés seront soumis à l'arbitrage de deux arbitres (un arbitre nommé par chacune des parties) sous le régime de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse et que la décision arbitrale, conformément à cette loi, sera finale et irrévocable, sous réserve des droits de modification, correction, annulation ou appel de tout jugement ins-

then goes on to make submission to arbitration as aforesaid a condition precedent to the bringing of any action with respect to the contract; and this is followed immediately by these words:

> but subject to such limitation, any claim against the company [i.e. Deuterium], the Engineer [i.e. BR Canada] and/or the Guarantor [i.e. BR U.S.] or vice versa may be adjudicated, both in the first instance and upon review in appropriate proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia and, if any party asserts such an appeal, in the Supreme Court of Canada.

I confess to great difficulty in understanding how a claim "may be adjudicated at first instance" if arbitration and award are a condition precedent to any action. As a condition precedent, the award when made does not disappear, and any subsequent proceedings taken in the Courts are simply proceedings respecting review of the award. Warrington L.J. in *Woodall v. Pearl Assurance Co.*[18], at p. 608 put it as follows:

> . . . Where arbitration followed by an award is a condition precedent to any other proceedings being taken, any further proceedings then [are], strictly speaking, not upon the original contract but upon the award made under the arbitration clause.

Neither Coffin J.A. nor Cooper J.A. who gave reasons in this case in the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, dwelt upon the words "may be adjudicated at first instance" in Article VIII. There is a brief reference in the reasons of Coffin J.A. to the clause in which these words appear, as follows:

> The words of the Article whereby the parties accept the jurisdiction of the Court come immediately after the condition precedent and begin by saying "but, subject to such limitation".

I am of the opinion that the difficulty of determining the meaning of the words in Article

[18] [1919] 1 K.B. 593.

crit sur la sentence que peut prévoir la loi. Puis il fait de la soumission à l'arbitrage, comme il est dit ci-dessus, une condition préalable de l'introduction d'une action relative au contrat; puis vient immédiatement ce qui suit:

> [TRADUCTION] mais, sous réserve de cette restriction, toute réclamation contre la compagnie [i.e. Deuterium], l'ingénieur [i.e. BR Canada] et (ou) le garant [i.e. BR U.S.] ou *vice versa*, peut être décidée tant en première instance qu'en révision, sur recours approprié engagé en Cour suprême de Nouvelle-Écosse et, si l'une des parties interjette un pourvoi, en Cour suprême du Canada.

J'avoue éprouver bien de la difficulté à comprendre comment une réclamation «peut être décidée en première instance» si l'arbitrage et la sentence arbitrale sont une condition préalable de l'action. En tant que condition préalable, la sentence arbitrale une fois faite ne disparaît pas, et toute procédure subséquente prise devant les tribunaux ne peut viser que la révision de la sentence. Le Juge Warrington, dans l'affaire *Woodall v. Pearl Assurance Co.*[18], à la p. 608, s'en est exprimé comme suit:

> [TRADUCTION] . . . Lorsque l'arbitrage suivi d'une sentence est une condition préalable de l'institution de toute autre procédure, toutes les procédures subséquentes [se rapportent] alors, rigoureusement parlant, non pas au contrat initial mais à la sentence rendue en vertu de la clause d'arbitrage.

Ni M. le Juge d'appel Coffin ni M. le Juge d'appel Cooper, qui ont rédigé des motifs dans cette affaire en Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, ne se sont attardés sur l'expression «peut être décidée en première instance» qui figure à l'article VIII. Dans les motifs de M. le Juge d'appel Coffin, on trouve une brève mention de la clause, mention dans laquelle on trouve les termes suivants:

> [TRADUCTION] Les termes de l'article en vertu duquel les parties acceptent la compétence de la cour viennent immédiatement après la condition préalable et commencent en disant «mais, sous réserve de cette restriction».

Je suis d'avis que la difficulté qu'il y a à déterminer la signification des mots «peut être

[18] [1919] 1 K.B. 593.

VIII, "may be adjudicated at first instance", cannot be resolved by limiting the clear "Scott and Avery" words which precede them. It is my view that in order to give effect to all the words of Article VIII, the provision for adjudication at first instance in the Courts must be read as giving the parties a choice by agreement (or perhaps by waiver) to submit their differences to the Court instead of going to arbitration. Short of agreement (or perhaps waiver) either party may invoke arbitration, with the consequences set out in Article VIII.

In the result, I would dismiss the appeal and make the same disposition of costs as proposed by my brother Ritchie.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appelants: D. R. Chipman, Halifax.*

*Solicitor for the respondents: I. M. MacKeighan, Halifax.*

décidée en première instance» figurant à l'article VIII ne peut être résolue en fixant des limites au libellé clairement «Scott et Avery» qui les précède. Je suis d'avis que pour donner leur effet à tous les termes de l'article VIII, la disposition prévoyant que les tribunaux pourront statuer en première instance doit être interprétée comme donnant aux parties la faculté, d'un commun accord (ou peut-être sur renonciation), de soumettre leurs différends à la cour au lieu d'aller à l'arbitrage. Faute d'accord (ou peut-être de renonciation) l'une ou l'autre des parties peut demander l'arbitrage, avec les conséquences énoncées dans l'article VIII.

En fin de compte, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'adjuger les dépens comme le propose mon collègue le Juge Ritchie.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureur des appelantes: D. R. Chipman, Halifax.*

*Procureur des intimées: I. M. MacKeighan, Halifax.*

**Wilfred George Chamney** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

1973: June 12, 13; 1973: October 2.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Constitutional law—Validity of declarations in s. 174 of Canada Grain Act, R.S.C. 1952, c. 25 (now R.S.C. 1970, c. G-16) and s. 45 of Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1952, c. 44 (now R.S.C. 1970, c. C-12)—Whether applicable to rapeseed elevator—British North America Act, 1867, s. 92(10)(c).*

The appellant was the manager and majority shareholder of a company whose main business was the purchase and resale of rapeseed. It also purchased and sold mustard seed and was engaged in flour milling. It did not purchase wheat except for milling purposes, and did not purchase oats or barley. There were a number of buildings on the company's premises including a flour mill; a building used for the reception, cleaning and storage of wheat to be milled into flour; a large elevator type building used for receiving rapeseed and mustard seed and cleaning and storing mustard seed; a building used for cleaning and storing the rapeseed; a storage building and an office and warehouse building.

The appellant was convicted of an offence under s. 16(2) of the *Canadian Wheat Board Act,* having failed, upon delivery to the company of a quantity of rapeseed, to comply with the requirements of that subsection. The appellant's appeal, by way of trial *de novo,* was dismissed, and a further appeal to the Court of Appeal was also dismissed. With leave, the appellant then appealed to this Court.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Jorgenson v. The Attorney General of Canada,* [1971] S.C.R. 725, established that s. 174 of the *Canada Grain Act,* declaring all elevators in Canada

**Wilfred George Chamney** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

1973: les 12 et 13 juin; 1973: le 2 octobre.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit constitutionnel—Validité des déclarations faites à l'art. 174 de la Loi sur les grains du Canada, S.R.C. 1952, c. 25 (maintenant S.R.C. 1970, c. G-16) et à l'art. 45 de la Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1952, c. 44 (maintenant S.R.C. 1970, c. C-12)—Sont-elles applicables à l'élévateur à graines de colza?—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(10)c).*

L'appelant était le gérant et l'actionnaire majoritaire d'une compagnie dont la principale activité était l'achat et la revente de la graine de colza. Elle achetait et vendait également de la graine de moutarde et elle s'occupait de minoterie. Elle n'achetait pas de blé sauf celui qu'elle destinait à ses moulins à farine, et elle n'achetait pas d'orge ni d'avoine. Il y avait un certain nombre de bâtiments sur les terrains de la compagnie, dont un moulin à farine; un bâtiment était utilisé pour la réception, le nettoyage et le stockage du blé qui devait être transformé en farine; un grand bâtiment du genre élévateur à grain était utilisé pour la réception de la graine de colza et de la graine de moutarde et pour le nettoyage et le stockage de la graine de moutarde; un bâtiment était utilisé pour le nettoyage et le stockage de la graine de colza; un bâtiment servait au stockage et un autre constituait un bureau et un entrepôt.

L'appelant a été reconnu coupable d'une infraction en vertu du par. (2) de l'art. 16 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé,* ayant omis, après livraison d'une quantité de graines de colza à la compagnie, de se conformer aux exigences de ce paragraphe. L'appel interjeté par l'appelant, par voie de procès *de novo,* a été rejeté, et un appel subséquent devant la Cour d'appel a été également rejeté. Sur autorisation, l'appelant a alors interjeté appel à cette Cour.

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté.

L'arrêt *Jorgenson c. Le procureur général du Canada,* [1971] R.C.S. 725, a établi que l'art. 174 de la *Loi sur les grains du Canada* qui déclare que tous

to be works for the general advantage of Canada, and that part of s. 45 of the *Canadian Wheat Board Act* that contains a general declaration are a valid and proper declaration of the Parliament of Canada pursuant to s. 92(10)(*c*) of the *British North America Act*. The declarations made in s. 174 of the *Canada Grain Act* and s. 45 of the *Canadian Wheat Board Act* were, by their terms, made applicable to the elevator to which the rapeseed in question was delivered.

It having been concluded that the premises in question were works declared to be for the general advantage of Canada, it was clear that Parliament could control the quantities of grain which could be received into an elevator and could enact s. 16(2) of the *Canadian Wheat Board Act* as a means of exercising control over the work and that the appellant could properly be convicted of an offence under that subsection.

*City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan[1], dismissing an appeal from a judgment of Maher D.C.J. Appeal dismissed.

*R. H. McKercher, Q.C.*, for the appellant.

*J. A. Scollin, Q.C.*, and S. F. Sommerfeld, Q.C., for the respondent.

*Ross Goodwin*, for the Attorney General of Quebec.

*W. Henkel, Q.C.*, for the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant was convicted of an offence under s. 16(2) of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C. 1952, c. 44 (now s. 17(2), R.S.C. 1970, c. C-12). This section provides:

**16.** (2) Where grain is delivered by a producer to an elevator, the manager or operator thereof shall, immediately upon completion of the delivery of the grain, truly and correctly record and enter the net weight in bushels after dockage, of the grain so

[1] [1972] 3 W.W.R. 612, 25 D.L.R. (3d) 1.

les élévateurs au Canada sont des ouvrages à l'avantage général du Canada, et la partie de l'art. 45 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* qui contient une déclaration générale, constituent une déclaration valide et appropriée du Parlement du Canada en vertu de l'al. c. du par. 10 de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Les déclarations faites à l'art. 174 de la *Loi sur les grains du Canada* et à l'art. 45 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* étaient, suivant leurs termes, applicables à l'élévateur où était livrée la graine de colza dont il est question.

Ayant été conclu que les immeubles en question étaient des ouvrages déclarés être à l'avantage général du Canada, il était clair que le Parlement pouvait contrôler les quantités de grain qui pouvaient être reçues dans un élévateur et pouvait édicter le par. (2) de l'art. 16 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* pour exercer un contrôle sur l'ouvrage, et que l'appelant pouvait à juste titre être reconnu coupable d'une infraction en vertu de ce paragraphe.

Arrêt mentionné: *City of Montreal c. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan[1] rejetant un appel du jugement du Juge Maher de la Cour de district. Pourvoi rejeté.

*R. H. McKercher, c.r.*, pour l'appelant.

*J. A. Scollin, c.r.*, et S. F. Sommerfeld, c.r., pour l'intimée.

*Ross Goodwin*, pour le procureur général de la province de Québec.

*W. Henkel, c.r.*, pour le Procureur général de la province de l'Alberta.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelant a été reconnu coupable d'une infraction en vertu de l'art. 16, par. (2), de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, S.R.C. 1952, c. 44 (maintenant art. 17, par. (2), S.R.C. 1970, c. C-12). Cet article porte que:

**16.** (2) Lorsqu'un producteur livre du grain à un élévateur, le gérant ou l'exploitant de cet élévateur doit, immédiatement après que la livraison du grain a été complétée, consigner et inscrire fidèlement et correctement dans le livret de permis en vertu duquel

[1] [1972] 3 W.W.R. 612, 25 D.L.R. (3d) 1.

delivered in the permit book under which delivery is made and shall initial the entry in the permit book.

The facts, as found by the trial judge, are not in dispute. The quota fixed by the Wheat Board for rapeseed deliveries in the Western Division, at the relevant time, was eight bushels per seeded acre, or 400 bushels, whichever was larger. On October 22, 1969, Andrew Mueller delivered to Humboldt Flour Mills Co. Ltd., hereinafter referred to as "the Company", approximately 870 bushels of rapeseed but the appellant entered only 359 bushels in Mueller's permit book, the remaining quantity that Mueller was entitled to deliver within the limits of his quota.

The appellant is the manager and majority shareholder of the Company. The purchase and resale of rapeseed is the main business of the Company. It also purchases and sells mustard seed and is engaged in flour milling. It handles feed products. It does not purchase wheat except for milling purposes, and does not purchase oats or barley. The rapeseed is cleaned and prepared for export standards because most of it is resold in the export market. There are six buildings on the Company premises. One is used as a flour mill; a second one is used for the reception, cleaning and storage of wheat to be milled into flour; a third one is a large elevator type building used for receiving rapeseed and mustard seed and cleaning and storing mustard seed; a fourth building is used for cleaning and storing the rapeseed; a fifth building (formerly used for cleaning and storing) is used for storing. The sixth building is an office and warehouse.

The appellant appealed from his conviction. This appeal, by way of trial *de novo* was dis-

est effectuée la livraison le poids net en boisseaux, après déduction, du grain ainsi livré, et il doit apposer ses initiales à l'inscription faite dans le livret de permis.

Les faits, tels qu'ils ont été reconnus par le juge de première instance, ne sont pas contestés. Le contingent fixé par la Commission du blé pour les livraisons de graines de colza dans la division de l'Ouest, à l'époque pertinente, était de huit boisseaux par acre ensemencé, ou de 400 boisseaux, selon le chiffre le plus grand. Le 22 octobre 1969, Andrew Mueller a livré à Humboldt Flour Mills Co. Ltd., ci-après désignée «la compagnie», approximativement 870 boisseaux de graines de colza, mais l'appelant n'a inscrit que 359 boisseaux dans le livret de permis de Mueller, soit la quantité restante que Mueller avait le droit de livrer dans les limites de son contingent.

L'appelant est le gérant et l'actionnaire majoritaire de la compagnie. L'achat et la revente de la graine de colza est la principale activité de la compagnie. Elle achète et vend également de la graine de moutarde, elle s'occupe de minoterie et s'intéresse aux graines de provendes. Elle n'achète pas de blé sauf celui qu'elle destine à ses moulins à farine, et elle n'achète pas d'orge ni d'avoine. La graine de colza est nettoyée et préparée pour répondre aux normes d'exportation car la majeure partie est revendue à l'exportation. Il y a six bâtiments sur les terrains de la compagnie. L'un de ceux-ci est utilisé comme moulin à farine; un deuxième est utilisé pour la réception, le nettoyage et le stockage du blé qui doit être transformé en farine; un troisième constitue un grand bâtiment du genre élévateur à grain, qu'on utilise pour recevoir la graine de colza et la graine de moutarde et pour le nettoyage et le stockage de la graine de moutarde; un quatrième bâtiment est utilisé pour le nettoyage et le stockage de la graine de colza; un cinquième bâtiment (autrefois utilisé pour le nettoyage et le stockage) n'est utilisé que pour le stockage. Le sixième bâtiment constitue un bureau et un entrepôt.

L'appelant a appelé de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui. Cet appel, par

missed. A further appeal to the Court of Appeal for Saskatchewan was dismissed. Leave to appeal to this Court was granted on three questions of law, namely:

(*a*) whether the purported declaration in s. 45 of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C. 1952, c. 44, is *intra vires* the Parliament of Canada;

(*b*) whether the purported declaration in s. 174 of the *Canada Grain Act*, R.S.C. 1952, c. 25, was *intra vires* the Parliament of Canada and included the rapeseed delivery elevator of Humboldt Flour Mills Co. Ltd. at Humboldt, Saskatchewan;

(*c*) whether, according to the proper statutory interpretation, the scheduled and declared elevators in the *Canadian Wheat Board Act* includes the rapeseed elevator owned and operated by Humboldt Flour Mills Co. Ltd.

Section 45 of the *Canadian Wheat Board Act* reads as follows:

**45.** For greater certainty, but not so as to restrict the generality of any declaration in the *Canada Grain Act* that any elevator is a work for the general advantage of Canada, it is hereby declared that all flour mills, feed mills, feed warehouses and seed cleaning mills, whether heretofore constructed or hereafter to be constructed, are and each of them is hereby declared to be works or a work for the general advantage of Canada, and, without limiting the generality of the foregoing, each and every mill or warehouse mentioned or described in the Schedule is a work for the general advantage of Canada.

Section 174 of the *Canada Grain Act* provides:

**174.** All elevators in Canada heretofore or hereafter constructed are hereby declared to be works for the general advantage of Canada.

In my opinion, the judgment of this Court in *Jorgenson v. The Attorney General of Canada*[2] establishes that s. 174 of the *Canada Grain Act* and that part of s. 45 of the *Canadian Wheat Board Act* that contains a general declaration are a valid and proper declaration of the Parlia-

[2] [1971] S.C.R. 725.

voie de procès *de novo*, a été rejeté. Un appel subséquent devant la Cour d'appel de la Saskatchewan a été également rejeté. Autorisation d'appeler à cette Cour a été accordée sur trois questions de droit, savoir:

*a*) La déclaration censément faite à l'art. 45 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, S.R.C. 1952, c. 44, est-elle dans les limites des pouvoirs du Parlement du Canada?

*b*) La déclaration censément faite à l'art. 174 de la *Loi sur les grains du Canada*, S.R.C. 1952, c. 25, était-elle dans les limites des pouvoirs du Parlement du Canada et incluait-elle l'élévateur de livraison de graine de colza de Humboldt Flour Mills Co. Ltd., à Humboldt, Saskatchewan?

*c*) Suivant l'interprétation légale appropriée, est-ce que se trouve inclus dans l'annexe et parmi les élévateurs déclarés de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* l'élévateur à graines de colza que Humboldt Flour Mills Co. Ltd. possède et exploite?

L'article 45 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* se lit comme suit:

**45.** Pour plus de certitude, mais sans restreindre la généralité de toute déclaration dans la *Loi sur les grains du Canada*, portant qu'un élévateur est à l'avantage général du Canada, il est par les présentes décrété que tous moulins à farine, moulins à provendes, entrepôts à provendes et moulins de nettoyage des semences, qu'ils aient été construits jusqu'ici ou qu'ils le soient à l'avenir, sont déclarés, et chacun de ces moulins est déclaré, par les présentes, à l'avantage général du Canada, et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, chacun des moulins ou entrepôts mentionnés ou décrits dans l'annexe est un ouvrage à l'avantage général du Canada.

L'article 174 de la *Loi sur les grains du Canada* porte que:

**174.** Tous les élévateurs au Canada, jusqu'ici ou dorénavant construits, sont par les présentes déclarés des ouvrages à l'avantage du Canada en général.

À mon avis, le jugement que cette Cour a rendu dans *Jorgenson c. Le Procureur général du Canada*[2] établit que l'art. 174 de la *Loi sur les grains du Canada* et la partie de l'art. 45 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* qui contient une déclaration générale, constituent

[2] [1971] R.C.S. 725.

ment of Canada pursuant to s. 92 (10)(*c*) of the *British North America Act*.

Section 92(10) of that Act provides as follows:

**92.** In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

(*a*) Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province:

(*b*) Lines of Steam Ships between the Province and any British or Foreign Country:

(*c*) Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

Section 91(29) gives the Parliament of Canada exclusive legislative authority in respect of:

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

This provides the answer to the questions posed in question (a) and the first portion of question (b).

The remaining issue is as to whether the declaration properly made under the two sections cited previously could be applied and did apply to the rapeseed delivery elevator of the Company.

The appellant contended that the declaratory power given by s. 92(10)(*c*) of the *British North America Act* could only be exercised in relation to the valid exercise of a federal power under s.

une déclaration valide et appropriée du Parlement du Canada en vertu de l'al. *c*) du par. (10) de l'art. 92 de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

L'article 92, par. (10), de cet acte est libellé comme suit:

**92.** Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

10. Les travaux et entreprises d'une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes:—

*a*) Lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

*b*) Lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays dépendant de l'empire britannique ou tout pays étranger;

*c*) Les travaux qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés par le Parlement du Canada être pour l'avantage général du Canada, ou pour l'avantage de deux ou d'un plus grand nombre des provinces;

L'article 91, par. (29), donne au Parlement du Canada une autorité législative et exclusive en ce qui concerne:

29. Les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par le présent acte aux législatures des provinces.

Cela répond aux questions posées à l'al. *a*) et dans la première partie de l'al. *b*).

L'autre question consiste à savoir si la déclaration validement effectuée en vertu des deux articles cités précédemment pouvait s'appliquer et s'appliquait effectivement à l'élévateur de la compagnie destiné à la livraison de graines de colza.

L'appelant a prétendu que le pouvoir déclaratoire conféré par l'art. 92, par. (10), al. *c*) de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* ne pouvait être exercé qu'en relation avec l'exer-

91. It was argued that, because the Parliament of Canada had exercised a general control over the interprovincial and export trade in wheat, oats and barley, a declaration declaring elevators handling those grains to be for the general advantage of Canada would be valid, but that such a declaration could not be made in respect of an elevator used for the cleaning and storage of rapeseed, which was operated in connection with local deliveries and sales.

In support of this proposition there was cited the decision of the Privy Council in *City of Montreal v. Montreal Street Railway*[3].

In my opinion this case is not authority for the proposition stated. It involved two railways wholly situated in the Province of Quebec, operating in the City of Montreal and the adjacent township. One, referred to as the Park Railway, had been declared to be a work for the general advantage of Canada, and no issue was raised as to the validity of that declaration. The other, referred to as the Street Railway, was a local work in respect of which no such declaration had been made. The issue in the case was as to the validity of an order of the Board of Railway Commissioners for Canada, which purported to require the Street Railway to enter into any agreement or agreements that might be necessary to enable the Park Railway to carry out certain requirements imposed upon it by that order.

This part of the order was held to have been made without jurisdiction, because it related to a provincial railway, but it was pointed out that the necessary authority could have been acquired by a statutory declaration under s. 92(10)(*c*) to convert the provincial line into a federal line.

[3] [1912] A.C. 333.

cice valide d'un pouvoir fédéral prévu à l'art. 91. On a avancé qu'en raison du fait que le Parlement du Canada avait exercé un contrôle général sur le commerce interprovincial et extérieur du blé, de l'avoine et de l'orge, une déclaration que les élévateurs servant à la manutention de ces graines sont à l'avantage général du Canada serait valide, mais que semblable déclaration ne pouvait être faite relativement à un élévateur utilisé pour le nettoyage et le stockage de la graine de colza, qui était exploité relativement à des livraisons et ventes locales.

À l'appui de cette prétention, on a cité la décision du Conseil privé dans l'arrêt *City of Montreal c. Montreal Street Railway*[3].

À mon avis, l'arrêt précité ne constitue pas un précédent à l'appui de la thèse avancée. Cette affaire mettait en présence deux chemins de fer situés entièrement dans la province de Québec et exploités dans la Ville de Montréal et le canton voisin. Le premier, appelé le «Park Railway», avait été déclaré ouvrage à l'avantage général du Canada, et la validité de cette déclaration n'avait pas été mise en question. L'autre, appelé «Street Railway», était un ouvrage d'une nature locale qui n'avait fait l'objet d'aucune déclaration. Le litige en cette affaire-là portait sur la validité d'une ordonnance rendue par la Commission des chemins de fer du Canada qui entendait obliger le «Street Railway» à conclure le ou les accords qui pourraient être nécessaires pour que le Park Railway puisse remplir certaines conditions que cette ordonnance lui imposait.

On a jugé que cette partie de l'ordonnance avait été rendue sans compétence, parce qu'elle s'appliquait à un chemin de fer provincial, mais on a souligné que l'autorité nécessaire aurait pu être acquise par déclaration législative, sous l'empire de l'art. 92, par. (10), al. *c*), visant à transformer la ligne de chemin de fer provinciale en ligne fédérale.

[3] [1912] A. C. 333.

It was made clear in this judgment that s. 92(10)(*c*) provided a means whereby jurisdiction over a local work, subject to provincial legislation, could be transferred to the Federal Parliament.

In my opinion the declarations made in s. 174 of the *Canada Grain Act* and s. 45 of the *Canadian Wheat Board Act* were, by their terms, made applicable to the elevator to which the rapeseed in question here was delivered. The declaration in s. 174 applies to "all elevators in Canada". "Elevator" is defined as meaning "any premises into which western grain *may* be received, or out of which it *may* be discharged, directly from or into railway cars . . ." (The emphasis is my own.) By its terms this declaration is applicable to any premises from which western grain (*i.e.* grain grown in Canada west of the east boundary of Port Arthur) may be discharged directly into railway cars.

The premises in question here fall within this declaration. The Company's premises are served by a railway spur line. The fact that rapeseed is received into one building and then transferred into a connected and immediately adjoining building for storage prior to rail shipment does not affect the position. The two interconnected buildings constitute premises from which grain may be discharged into railway cars. These premises are therefore, by virtue of the declaration, subject to federal legislative control.

The *Canadian Wheat Board Act* applies controls to these premises. Section 2(1)(*d*) defines "elevator" as meaning "a grain elevator, warehouse or mill that has been declared by the Parliament of Canada to be a work for the general advantage of Canada". The word "grain" in this Act is defined as including wheat, oats, barley, rye, flaxseed and rapeseed.

On précisa dans le jugement que l'art. 92, par. (10), al. *c*), fournissait un moyen par lequel une compétence à l'égard d'un ouvrage local, assujetti à la législation provinciale, pouvait être transférée au Parlement fédéral.

À mon avis, les déclarations faites à l'art. 174 de la *Loi sur les grains du Canada* et à l'art. 45 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* étaient, suivant leurs termes, applicables à l'élévateur où était livrée la graine de colza dont il est question ici. La déclaration contenue à l'art. 174 s'applique à «tous les élévateurs au Canada.» «Élévateur» est défini comme signifiant «les immeubles dans lesquels le grain de l'Ouest *peut* être directement reçu des wagons de chemin de fer, ou hors desquels il *peut* être directement chargé sur ces wagons. . .» (C'est moi qui ai mis des mots en italique.) D'après ses termes, cette déclaration est applicable aux immeubles hors desquels le grain de l'Ouest (c'est-à-dire le grain cultivé au Canada à l'ouest de la limite orientale de Port Arthur) peut être directement chargé sur des wagons.

Les immeubles dont il est question ici sont visés par cette déclaration. Les immeubles de la compagnie sont desservis par un embranchement particulier de chemin de fer. Le fait que la graine de colza soit reçue dans un immeuble puis transportée dans un autre immeuble immédiatement adjacent et relié à celui-ci, en vue d'être stockée avant l'expédition par chemin de fer, ne change rien à la situation. Les deux immeubles reliés entre eux constituent des immeubles hors desquels le grain peut être chargé sur des wagons de chemin de fer. Ces immeubles sont, par conséquent, de par cette déclaration, assujettis au contrôle législatif fédéral.

La *Loi sur la Commission canadienne du blé* soumet ces immeubles à une réglementation. L'article 2, par. (1), définit «élévateur» comme «un élévateur ou entrepôt à grain ou une minoterie que le Parlement du Canada a déclaré un ouvrage à l'avantage général du Canada». Le mot «grain» dans cette loi est défini comme comprenant le blé, l'avoine, l'orge, le seigle, la graine de lin et la graine de colza.

Section 45, without restricting the generality of the declaration made in the *Canada Grain Act*, declares "all flour mills, feed mills, feed warehouses and seed cleaning mills, whether heretofore constructed or hereafter to be constructed" to be works for the general advantage of Canada.

The section goes on to say that "without limiting the generality of the foregoing, each and every mill or warehouse mentioned or described in the Schedule is a work for the general advantage of Canada".

This Act contains a schedule in which, under the heading "Mills and Feed Warehouses in Saskatchewan", there appears, under the subheading "Flour Mills", the name "Humboldt Flour Mills Limited", as owner or licensee, and the address "Humboldt". A similar entry appears under the subheading "Seed Cleaning Mills". It is in respect of this schedule that the third issue, on which leave to appeal was granted, is raised; *i.e.*, did it include the Company's rapeseed elevator?

In my opinion this issue is not significant, inasmuch as I have already concluded that the declaration made under s. 174 of the *Canada Grain Act* applied to these premises. However, were it necessary to decide it, I am in agreement with what was said by the trial judge on the trial *de novo*:

The appellant provided the Court with a photograph of the physical facilities used in the operation of the business of the Company showing four buildings, including one used for storage purposes, a wheat or flour mill, an elevator used in association with the mill, and a large elevator type building used for the purpose of receiving, cleaning and storing rapeseed and mustard seed. I am unable to agree that because there are separate elevators the declaration should have specified which of the buildings were to be included under each of the headings; "Flour Mills" and "Seed Cleaning Mills" as used in the Schedule to the Act. The photo indicates that all the buildings with the possible exception of the flour mill are connected, the entire facility is no doubt served by one railroad siding or spur, the entire operation is

L'article 45, sans restreindre la généralité de la déclaration faite dans la *Loi sur les grains du Canada*, déclare «tous moulins à farine, moulins à provendes, entrepôts à provendes et moulins de nettoyage des semences, qu'ils aient été construits jusqu'ici ou qu'ils le soient à l'avenir» à l'avantage général du Canada.

L'article continue en déclarant que «sans restreindre la généralité de ce qui précède, chacun des moulins ou entrepôts mentionnés ou décrits dans l'annexe est un ouvrage à l'avantage général du Canada».

Cette Loi contient une annexe dans laquelle, sous la rubrique «Moulins et entrepôts à provendes en Saskatchewan», apparaissent sous la sous-rubrique «Moulins à farine» le nom de «Humboldt Flour Mills Limited» comme propriétaire ou titulaire, et l'adresse «Humboldt». Une inscription semblable apparaît à la sous-rubrique «Moulins de nettoyage des semences». C'est relativement à cette annexe que la troisième question en litige, à l'égard de laquelle autorisation d'appeler a été accordée, est soulevée, savoir: l'annexe comprend-elle l'élévateur à graines de colza de la compagnie?

À mon avis, cette question n'est pas importante, dans la mesure où j'ai déjà conclu que la déclaration faite sous l'art. 174 de la *Loi sur les grains du Canada* s'appliquait à ces immeubles. Cependant, au cas où il serait nécessaire de la décider, je suis d'accord avec ce qu'a dit le juge de première instance lors du procès *de novo:*

[TRADUCTION] L'appelant a fourni à la Cour une photographie des installations matérielles utilisées dans l'exploitation de l'entreprise de la compagnie, qui montre quatre bâtiments, y compris un bâtiment utilisé à des fins de stockage, un moulin à blé ou à farine, un élévateur utilisé avec le moulin, et un grand bâtiment du type élévateur utilisé en vue de recevoir, nettoyer et stocker la graine de colza et la graine de moutarde. Je suis incapable d'admettre qu'en raison de l'existence d'élévateurs distincts, la déclaration aurait dû spécifier ceux des immeubles qui devaient être compris sous chacune des rubriques «Moulins à farine» et «Moulins de nettoyage des semences», employées dans l'annexe de la Loi. La photo montre que tous les bâtiments, sauf peut-être le moulin à farine, sont reliés entre eux, l'installation complète se

owned and operated by the one Company, Humboldt Flour Mills Co. Ltd. Parliament has simply declared that a flour mill or mills and a seed cleaning mill or mills operated by the Company at Humboldt, Saskatchewan, are works for the general advantage of Canada, and, in my opinion, it matters not in how many buildings these operations are carried on.

Having concluded that the premises in question here are works declared to be for the general advantage of Canada, it is clear that Parliament could control the quantities of grain which could be received into an elevator and could enact s. 16(2) of the *Canadian Wheat Board Act* as a means of exercising control over the work and that the appellant could properly be convicted of an offence under that subsection.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Wedge, McKercher, McKercher & Stack, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: William B. Purdy, Saskatoon.*

trouve sans aucun doute desservie par une seule voie de chemin de fer ou un seul embranchement particulier, toute l'affaire appartient et est exploitée par la seule et même compagnie, Humboldt Flour Mills Co. Ltd. Le Parlement a simplement déclaré qu'un moulin ou des moulins à farine et un moulin ou des moulins de nettoyage des semences exploités par la compagnie à Humboldt, Saskatchewan, sont des ouvrages à l'avantage général du Canada, et, à mon avis, il importe peu de savoir dans combien de bâtiments ces opérations sont effectuées.

Ayant conclu que les immeubles dont il est question ici sont des ouvrages déclarés être à l'avantage général du Canada, il est clair que le Parlement pouvait contrôler les quantités de grain qui pouvaient être reçues dans un élévateur et pouvait édicter l'art. 16, par. (2), de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* pour exercer un contrôle sur l'ouvrage, et que l'appelant pouvait à juste titre être reconnu coupable d'une infraction en vertu de ce paragraphe.

Je suis d'avis de rejeter l'appel.

*Appel rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Wedge, McKercher, McKercher & Stack, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée: William B. Purdy, Saskatoon.*

**Kelly Johnson** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

1973: June 11; 1973: October 2.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

*Criminal law—Dance performed in the nude in a cabaret before a paying audience—Whether immoral performance within Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 163(2).*

An appeal was brought to this Court from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, which allowed an appeal from the judgment of a judge of the Trial Division, who, on a stated case, had reversed the decision at trial to convict the appellant of an offence under what is now s. 163(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The gravamen of the offence charged was that the appellant ". . . did unlawfully appear as a performer in an immoral performance to wit: did dance in the nude in a theatre before a paying audience". The appellant was given leave to appeal to this Court on the following question of law: Did the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta err in law in deciding that in considering what constitutes an immoral performance under s. 163(2) of the *Criminal Code*, it should be held that Parliament, by enacting s. 170 of the *Criminal Code* has declared that nudity in a public place without lawful excuse, is a breach of moral standards in Canada?

*Held* (Fauteux C.J. and Martland and Pigeon JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction quashed.

*Per* Abbott, Judson, Ritchie, Laskin and Dickson JJ.: An act does not become immoral simply because it has been made an offence by the Parliament of Canada. The provisions of s. 170 do not stigmatize the display of the human form in its natural state as "immoral" and as the offence here charged must rest solely on the ground that the appellant's body was completely unclothed and there was no suggestion that the "*performance*" was otherwise "immoral", the

**Kelly Johnson** *Appelante*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

1973: le 11 juin; 1973: le 2 octobre.

Présents: Le Juge en chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

*Droit criminel—Avoir dansé nue dans un cabaret devant des spectateurs payants—S'agit-il d'un spectacle immoral au sens du Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 163*(2)?

Un pourvoi a été interjeté à cette Cour contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta qui a accueilli un appel du jugement d'un juge de la Division de première instance, qui, sur un exposé de cause, avait infirmé la décision du premier juge qui déclarait l'appelante coupable d'une infraction en vertu de ce qui est maintenant le par. (2) de l'art. 163 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34. Le fond de l'infraction reprochée à l'appelante était (traduction)». . . d'avoir illégalement figuré comme exécutant dans un spectacle immoral, à savoir: d'avoir dansé nue dans un théâtre devant des spectateurs payants». L'appelante a obtenu l'autorisation d'appeler à cette Cour sur la question de droit suivante: (traduction) la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que, lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un spectacle immoral sous le régime du par. (2) de l'art. 163 du *Code criminel*, il faut conclure que le Parlement, en adoptant l'art. 170 du *Code criminel*, a déclaré qu'être nu dans un endroit public sans excuse légitime est une violation des normes morales au Canada?

*Arrêt* (Le Juge en chef Fauteux et les Juges Martland et Pigeon étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli et la déclaration de culpabilité cassée.

*Les* Juges Abbott, Judson, Ritchie, Laskin et Dickson: Un acte ne devient pas immoral parce que le Parlement du Canada l'a érigé en infraction. Les dispositions de l'art. 170 ne font pas de l'exposition du corps humain dans son état naturel un acte «immoral», et étant donné que l'infraction reprochée en l'espèce doit reposer uniquement sur le motif selon lequel le corps de l'appelante était complètement dévêtu et qu'il n'y a aucune indication que le «*specta-*

trial judge was incorrect in holding "the said dance to be an immoral performance contrary to the provisions of the *Criminal Code*", and the Appellate Division was wrong in holding that the language employed by Parliament in enacting s. 170 is to be construed as meaning that being unclothed in a public place is a breach of *moral standards* in Canada and therefore constitutes an "immoral performance" within the meaning of s. 163(2).

*Per* Spence and Laskin JJ.: The word "immoral" is not defined in the *Criminal Code* and therefore the provincial judge would have had to have some evidence of what was and what was not immoral in order to found his judgment. Lacking such evidence there was nothing upon which the provincial judge could come to the opinion that he should register a conviction.

One must have regard for the arrangement of the *Criminal Code* in testing whether Parliament has, in fact, declared that dancing in the nude is an immoral performance. Section 163 appears under the subheading of "*Offences Tending to Corrupt Morals*". Section 170, on the other hand, appears under the subheading "*Disorderly Conduct*". It was the effect on the public peace of such conduct as was exhibited not infrequently by members of a certain radical religious sect which Parliament aimed to control and prevent by the provisions of what is now s. 170 of the *Criminal Code* and Parliament there was not dealing with immorality at all. Therefore the Appellate Division was in error when it turned to s. 170 to ascertain the standard of morals.

*Per* Fauteux C.J. and Martland and Pigeon JJ., *dissenting*: The magistrate, in deciding whether there was evidence to support the charge against the appellant, was entitled to take into consideration the fact that the appellant's appearance, nude in a public place, without lawful excuse, could have constituted, in itself, a breach of s. 170 and that it offended against public decency. She was not charged with an offence under s. 170, or with appearing in an indecent performance, but this was a factor which, coupled with the other evidence, could be considered in deciding whether or not her performance was immoral.

The other evidence was as follows: The appellant's performance was before an entirely male audience and was staged for the purpose of gain. There was no suggestion in the evidence that the performance was one which had artistic merit. It was a strip-tease act, the only purpose of which was to provide a prurient

*cle*» était d'autre façon «*immoral*», le juge de première instance a commis une erreur en statuant que «ladite danse était un spectacle immoral contrairement aux dispositions du *Code criminel*», et la Division d'appel a erré en concluant que les termes employés par le Parlement en adoptant l'article 170 doivent être interprétés comme signifiant qu'être dévêtu dans un endroit public est une violation des *normes morales* au Canada et constitue donc un «spectacle immoral» au sens du par. (2) de l'art. 163.

*Les* Juges Spence et Laskin: Le terme «immoral» n'est pas défini dans le *Code criminel* et le juge de la Cour provinciale devait donc, pour fonder son jugement, s'appuyer sur quelque preuve démontrant ce qui était et ce qui n'était pas immoral. Vu l'absence de pareille preuve, rien ne permettait au juge de la Cour provinciale de conclure qu'il devait inscrire une déclaration de culpabilité.

Il faut tenir compte de l'arrangement des dispositions du *Code criminel* pour déterminer si le Parlement, a, en fait, déclaré que danser nu est un spectacle immoral. L'art. 163 figure sous le sous-titre «*Infraction tendant à corrompre les mœurs*». D'autre part, l'art. 170 figure sous le sous-titre «*Inconduite*». C'est l'effet sur la paix publique de fréquentes manifestations semblables de la part des membres d'une certaine secte religieuse radicale que le Parlement désirait contrôler et prévenir par les dispositions de ce qui est maintenant l'art. 170 du *Code criminel*, et le Parlement ne traitait nullement alors d'immoralité. Par conséquent, la Division d'appel a commis une erreur lorsqu'elle s'est appuyée sur l'art. 170 pour déterminer la norme de moralité.

*Le* Juge en chef Fauteux et les Juges Martland et Pigeon, *dissidents*: En décidant s'il y avait preuve au soutien de l'accusation portée contre l'appelante, le magistrat avait le droit de tenir compte du fait que la présence de l'appelante, nue dans un endroit public, sans excuse légitime, aurait pu constituer, en elle-même, une violation de l'art. 170, et qu'elle offensait la décence publique. L'appelante n'a pas été accusée d'avoir commis une infraction sous le régime de l'art. 170, ou d'avoir figuré dans un spectacle indécent, mais c'était un facteur qui, relié aux autres preuves, pouvait être considéré en décidant si, oui ou non, son spectacle était immoral.

Les autres preuves étaient les suivantes: l'appelante a donné son spectacle devant un auditoire entièrement masculin et le spectacle était présenté dans un but de lucre. Rien dans la preuve indique que le spectacle avait une valeur artistique. C'était un numéro de strip-tease dont le seul but était de provo-

titillation of the sensibilities of the audience. Taking all these factors into account, the magistrate had evidence before him on which he could find that the appellant had appeared as a performer in an immoral performance.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division[1], allowing an appeal by the Crown from a judgment of Riley J., allowing an appeal by way of stated case from the appellant's conviction of an offence under s. 163(2) of the *Criminal Code*. Appeal allowed, Fauteux C.J. and Martland and Pigeon JJ. dissenting.

*A. W. MacDonald* and *A. E. Golden*, for the appellant.

*B. A. Crane*, for the respondent.

The judgment of Fauteux C.J. and Martland and Pigeon JJ. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—This appeal is brought, with leave, from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, which allowed an appeal from the judgment of a judge of the Trial Division, who, on a stated case, had reversed the decision at trial to convict the appellant of an offence under what is now s. 163(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and imposing a fine of $50 and costs or 30 days.

The relevant subsection provides:

(2) Every one commits an offence who takes part or appears as an actor, performer, or assistant in any capacity, in an immoral, indecent or obscene performance, entertainment or representation in a theatre.

"Theatre" is defined, in s. 138, as including "any place that is open to the public where entertainments are given, whether or not any charge is made for admission".

[1] [1972] 5 W.W.R. 638, 8 C.C.C. (2d)1.

quer l'émoustillement lubrique des sens des spectateurs. Compte tenu de tous ces facteurs, il y avait devant le magistrat une preuve sur laquelle il pouvait conclure que l'appelante avait figuré comme exécutant dans un spectacle immoral.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta[1], accueillant un appel interjeté par la Couronne contre un jugement du Juge Riley accueillant un appel interjeté par voie d'exposé de cause à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante en vertu du par. (2) de l'art. 163 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, le Juge en chef Fauteux et les Juges Martland et Pigeon étant dissidents.

*A. W. MacDonald* et *A. E. Golden*, pour l'appelante.

*B. A. Crane*, pour l'intimée.

Le jugement du Juge en chef Fauteux et des Juges Martland et Pigeon a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—L'appel est interjeté, sur autorisation, à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, qui a accueilli un appel du jugement d'un juge de la Division de première instance, qui, sur un exposé de cause, avait infirmé la décision du premier juge qui déclarait l'appelante coupable d'une infraction en vertu de ce qui est maintenant le par. 2 de l'art. 163 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, et imposait une amende de $50 et les frais ou 30 jours d'emprisonnement.

Le paragraphe pertinent prévoit:

(2) Commet une infraction, quiconque participe comme acteur ou exécutant, ou aide en n'importe quelle qualité, à un spectacle, à un divertissement ou à une représentation immorale, indécente ou obscène, ou y figure de la sorte, dans un théâtre.

Le terme «théâtre» est défini à l'art. 138 comme comprenant «tout endroit ouvert au public, où se donnent des divertissements, que l'entrée y soit gratuite ou non».

[1] [1972]5 W.W.R. 638,8 C.C.C. (2d) 1.

The charge against the appellant was that on or about September 29, 1971, at Calgary, Alberta, she "did unlawfully appear as a performer in an immoral performance, to wit: did dance in the nude in a theatre before a paying audience".

The evidence for the Crown was given by a detective in the Morality Division of the City of Calgary Police Department. He stated that on the day in question he went to a cabaret, in the City of Calgary, known as "Dino's Hideaway", at about noon. Patrons of the cabaret were charged a $3 cover charge, which included a meal and entertainment. There were approximately 16 male persons in attendance at the time. He described the appellant's performance as follows:

At approximately twenty after twelve a performer, Miss Kelly Johnson, was introduced to the audience whereby she got on the stage in front of approximately twenty tables and—to dance a topless dance. She danced three dances; one with the top on and two with her top off and then there was a short intermission. In approximately five minutes she returned to the stage and did another dance with her top off and then another dance with her—removing her bikini panties. She danced for approximately two minutes, shortly over two minutes, whereby she left the stage.

Q. When she removed her bikini panties, how was she dressed?

A. Completely in the nude.

He further stated that the stage was about six feet by four feet and was about two feet above the floor level. It was well lighted with flashing and different coloured lights. There was a spot light on the stage and the body of the appellant was completely visible to the people who were there.

No evidence was called for the defence.

Application was made to the magistrate who had convicted the appellant to state a case. Paragraphs (e) and (f) of the stated case are as follows:

L'accusation portée contre l'appelante était d'avoir, le 29 septembre 1971 ou vers cette date, à Calgary, Alberta, (traduction) «illégalement figuré comme exécutant dans un spectacle immoral, à savoir: d'avoir dansé nue dans un théâtre devant des spectateurs payants».

La preuve de la Couronne a été apportée par un détective de la Division de la Moralité de la Sûreté de Calgary. Il a déclaré que, le jour en question, dans la ville de Calgary, il s'est rendu à un cabaret appelé «Dino's Hideaway", vers midi. Les clients du cabaret devaient payer $3 de frais d'admission, qui comprenaient un repas et un divertissement. Environ 16 personnes de sexe masculin étaient présentes à ce moment. Il a décrit le spectacle de l'appelante comme suit:

[TRADUCTION] À environ midi vingt, une exécutante, M^lle^ Kelly Johnson, a été présentée à l'auditoire et a monté sur scène devant environ 20 tables et - pour exécuter une danse sans soutien-gorge. Elle a exécuté trois danses; une avec soutien-gorge et deux sans soutien-gorge et il y a eu ensuite une courte intermission. Environ cinq minutes plus tard, elle est revenue sur scène et a exécuté une autre danse sans soutien-gorge et ensuite une autre danse avec—en enlevant son cache-sexe. Elle a dansé environ deux minutes, un peu plus de deux minutes, après quoi elle a quitté la scène.

Q. Quand elle a enlevé son cache-sexe, comment était-elle vêtue?

R. Elle était entièrement nue.

Il a aussi déclaré que la scène mesurait environ six pieds par quatres pieds et était environ de deux pieds plus élevée que le niveau du plancher. La scène était bien éclairée avec des lumières clignotantes de différentes couleurs. Il y avait un projecteur sur la scène et tout le corps de l'appelante pouvait être vu par les personnes qui étaient présentes.

Aucun témoin n'a été convoqué par la défense.

Une demande d'exposé de cause a été faite au magistrat qui avait déclaré l'appelante coupable. Les alinéas *e)* et *f)* de l'exposé de cause sont les suivants:

(e) The grounds on which the same is questioned are:

That I ( the said Provincial Magistrate) erred in point of law in holding that the Appellant's appearance as a performer was unlawful and that to dance in the nude before a paying audience constituted an immoral performance.

(f) The grounds upon which I support the preceding questioned are:

On the point under Appeal herein,the evidence led before me proved:

1. The accused (Applicant) danced in the nude in a cabaret known as "Dino's Hideaway Cabaret" on the 29th day of September, A.D. 1971.

My reasons for judgment in finding the said dance to be an immoral performance, HELD:

". . .dancing in the nude in a public performance is contrary to the provisions of the Criminal Code of Canada."

The question propounded in the stated case was:

Was I correct in holding the said dance to be an immoral performance, contrary to the provisions of the *Criminal Code* of Canada?

Under s. 762 of the *Criminal Code*, an appeal by way of stated case must be on the ground that the conviction is:

(a) Erroneous in point of law, or

(b) In excess of jurisdiction.

There was no question as to jurisdiction and so the appeal had to be based upon an error in law. In the circumstances of this case, it was, therefore, necessary for the appellant, in order to succeed on her appeal, to establish that there was no evidence upon which the magistrate could have held that she had appeared as a performer in an immoral performance.

The reasons for judgment in the Trial Division are concerned mainly with the application of s. 159(8) of the *Criminal Code*, which provides that:

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploi-

[TRADUCTION] e) Les moyens sur lesquels la déclaration de culpabilité est contestée sont:

Que j'ai commis (ledit magistrat provincial) une erreur de droit en statuant que la représentation de l'appelante était illégale et que danser nue devant des spectateurs payants constituait un spectacle immoral.

f) Les motifs sur lesquels j'appuie la décision ci-dessus sont:

Sur le point quant auquel on se pourvoit en l'espèce, la preuve déposée devant moi a démontré:

1. L'inculpée (la requérante) a dansé nue dans un cabaret appelé "Dino's Hideaway Cabaret" le 29 septembre 1971.

Mes motifs de jugement en concluant que ladite danse est un spectacle immoral, DÉCIDÉ:

". . . danser nu dans un spectacle public est contraire aux dispositions du Code criminel du Canada".

La question posée dans l'exposé de cause est la suivante:

[TRADUCTION] Avais-je raison de conclure que ladite danse était un spectacle immoral, contrairement aux dispositions du *Code criminel* du Canada?

En vertu de l'art. 762 du *Code criminel*, on peut appeler par voie d'exposé de cause pour le motif que la condamnation est:

a) Erronée à l'égard d'un point de droit, ou

b) Dépasse la juridiction.

La juridiction n'étant pas contestée, l'appel devait être fondé sur une erreur de droit. Dans les circonstances de l'espèce, l'appelante devait donc établir, afin d'avoir gain de cause, qu'il n'y avait aucune preuve sur laquelle le juge aurait pu conclure qu'elle avait figuré comme exécutant dans un spectacle immoral.

Les motifs de jugement de la Division de première instance s'arrêtent surtout à l'application du par. 8 de l'art. 159 du *Code criminel* qui prévoit que:

(8) Aux fins de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante

tation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

The appeal was allowed, because, it was said:

There was nothing to suggest that the performance

(a) was in any way lustful,

(b) no tendency to deprave or corrupt,

(c) there was no distorted, impoverished masturbatory concentration on pornography.

Section 159(8) is concerned with the definition of "Obscenity" in publications. In my opinion, it did not provide the test for determining whether or not the performance in the present case was or was not an immoral performance.

The following passage from the reasons for judgment of the Appellate Division states the grounds upon which the Appellate Division allowed the appeal of the present respondent:

Upon the appeal counsel for the Crown argued that there was no question of law involved. We are extremely doubtful if there was any question of law involved. However, assuming there was a question of law, we are of the opinion there was evidence to support the Provincial Judge's decision. Section 170 of the Criminal Code provides:

"170. Every one who, without lawful excuse,

(*a*) is nude in a public place,

. . .

is guilty of an offence punishable on summary conviction."

We think the Provincial Judge was referring to this section when he said, "Dancing in the nude in a public performance is contrary to the provisions of the Criminal Code of Canada". The respondent was not charged under this section and therefore could not be convicted thereunder. However, the offence has always been treated as one relating to morals, and the Parliament of Canada by making it an offence has declared that it is a breach of a moral standard in Canada. We know of no better way of establishing a moral standard than a declaration by the Parliament of Canada, and so the Provincial Judge was justified in accepting this as his standard in finding that the

est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

L'appel a été accueilli, pour le motif, a-t-on dit, que:

[TRADUCTION] Rien n'indiquait que le spectacle

*a*) était lascif d'aucune façon,

*b*) avait tendance à dépraver ou corrompre,

*c*) traduisait une obsession pornographique distortionnée, avilie.

Le par. 8 de l'art. 159 traite de la définition du terme «obscénité» en regard des publications. A mon avis, il ne fournit pas de critère pour déterminer si, oui ou non, le spectacle en l'espèce était ou n'était pas un spectacle immoral.

Le passage suivant tiré des motifs de jugement de la Division d'appel énonce les motifs sur lesquels la Division d'appel a accueilli l'appel de la présente intimée:

[TRADUCTION] Sur l'appel, l'avocat de la Couronne a avancé qu'il n'y avait aucune question de droit en jeu. Nous doutons énormément qu'il y ait eu une question de droit de jeu. Cependant, en supposant qu'il y ait eu question de droit, nous sommes d'avis qu'il y avait preuve pour étayer la décision du Juge provincial. L'article 170 du Code criminel prévoit:

«170. Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, sans excuse légitime,

*a*) est nu dans un endroit public,

. . .»

Nous croyons que le Juge provincial se reportait à cet article quand il a dit, «Danser nu dans un spectacle public est contraire aux dispositions du *Code criminel* du Canada». L'intimée n'a pas été accusée en vertu de cet article et ne pouvait donc pas être déclarée coupable sous son empire. Cependant, l'infraction a toujours été considérée comme se rapportant aux mœurs, et le Parlement du Canada, du fait qu'il en a fait une infraction, s'est trouvé à déclarer qu'il s'agissait d'une violation d'une norme morale au Canada. Nous ne connaissons pas de meilleure façon d'établir une norme morale que par une déclaration du Parlement du Canada, et le juge provincial était

dance by the respondent in the nude was an immoral performance.

In the above passage s. 170 is not quoted in full. Paragraph (*b*) of s. 170(1) reads:

> (*b*) is nude and exposed to public view while on private property, whether or not the property is his own,

Subsections (2) and (3) provide:

(2) For the purposes of this section a person is nude who is so clad as to offend against public decency or order.

(3) No proceedings shall be commenced under this section without the consent of the Attorney General.

"Public place" is defined in s. 138 as including "any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied".

The appellant was given leave to appeal to this Court on the following question of law:

Did the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta err in law in deciding that in considering what constitutes an immoral performance under Section 163(2) of the Criminal Code, it should be held that Parliament, by enacting Section 170 of the Criminal Code has declared that nudity in a public place without lawful excuse, is a breach of moral standards in Canada?

Counsel for the appellant points out that s. 170 appears, in a group of sections, under the heading of "Disorderly Conduct", while s. 163 appears, in a group of sections, under the heading "Offences Tending to Corrupt Morals." It was also pointed out that, when the forerunner of s. 170 was enacted, its ostensible purpose was to try to curb the activities of a Doukhobor sect which demonstrated in the form of nude parades. On the other hand, subs. (2) of s. 163, in defining what is included in the word "nude", makes it clear that the section is concerned with conduct which offends against decency or order. Furthermore, as to the initial reason for the enactment of the provision, it should be

fondé à accepter celle-ci comme critère en concluant que la danse exécutée nue par l'intimée était un spectacle immoral.

Dans le passage précité, l'art. 170 n'est pas cité en entier. L'alinéa *b*) du par. (1) de l'art. 170 se lit comme suit:

> *b*) est nu et exposé à la vue du public sur une propriété privée, que la propriété soit la sienne ou non.

Les paragraphes (2) et (3) prévoient:

(2) Est nu, aux fins du présent article, quiconque est vêtu de façon à offenser la décence ou l'ordre public.

(3) Aucune procédure ne doit être intentée sous l'autorité du présent article sans le consentement du procureur général.

Le terme «endroit public» est défini à l'article 138 comme comprenant «tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite».

L'appelante a obtenu l'autorisation d'appeler à cette Cour sur la question de droit suivante:

[TRADUCTION] La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que, lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un spectacle immoral sous le régime du par. (2) de l'article 163 du Code criminel, il faut conclure que le Parlement, en adoptant l'article 170 du Code criminel, a déclaré qu'être nu dans un endroit public sans excuse légitime est une violation de normes morales au Canada?

L'avocat de l'appelante signale que l'art. 170 se trouve, dans un groupe d'articles, sous l'intitulé «inconduite», tandis que l'art. 163 se trouve, dans un groupe d'articles, sous l'intitulé «infractions tendant à corrompre les mœurs». Il a aussi été signalé que, quand le précurseur de l'art. 170 fut adopté, il avait pour but apparent de tenter de refréner les activités d'une secte Doukhobor qui manifestait en paradant nue. Par contre, le par. (2) de l'art. 163, en définissant ce que comprend le terme «nu», indique clairement que l'article traite de la conduite qui offense la décence ou l'ordre. De plus, relativement à la raison initiale de l'adoption de la disposition, il faut remarquer qu'aux termes de l'article, tel

noted that the section, as contained in 1931 (Can.), c. 28, then made it an offence where a person, while nude,

> (*a*) is found in any public place whether alone or in company with one or more other persons who are parading or have assembled with intent to parade or have paraded in such public place while nude, or
>
> (*b*) is found in any public place whether alone or in company with one or more other persons.

Section 170(1)(*a*) makes it an offence, without lawful excuse, to be nude in a public place. The essential feature of the present provision is solely nudity in a public place.

In my opinion, the magistrate, in deciding whether there was evidence to support the charge against the appellant, was entitled to take into consideration the fact that the appellant's appearance, nude in a public place, without lawful excuse, could have constituted, in itself, a breach of s. 170 and that it offended against public decency. She was not charged with an offence under s. 170, or with appearing in an indecent performance, but this was a factor which, coupled with the other evidence, could be considered in deciding whether or not her performance was immoral.

The other evidence was as follows: The appellant's performance was before an entirely male audience and was staged for the purpose of gain. There is no suggestion in the evidence that the performance was one which had artistic merit. It was a strip-tease act, the only purpose of which was to provide a prurient titillation of the sensibilities of the audience. Taking all these factors into account, in my opinion the magistrate had evidence before him on which he could find that the appellant had appeared as a performer in an immoral performance.

It was for the magistrate to decide, on that evidence, whether or not the performance was immoral. I do not agree with the contention that the Crown's case could only be proved by leading evidence to establish what were the prevailing moral standards of the community. I agree

qu'il était contenu au chapitre 28, S.C. 1931, commettait une infraction, quiconque, dans un état de nudité,

> *a*) est trouvé dans un endroit public seul ou en compagnie d'une ou plusieurs autres personnes qui paradent ou se sont rassemblées avec l'intention de parader, ou ont paradé nues dans cet endroit public, ou
>
> *b*) est trouvé dans un endroit public seul ou en compagnie d'une ou plusieurs autres personnes.

En vertu de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 170, commet une infraction quiconque, sans excuse légitime, est nu dans un endroit public. Le trait essentiel de la disposition actuelle est uniquement la nudité dans un endroit public.

À mon avis, en décidant s'il y avait preuve au soutien de l'accusation portée contre l'appelante, le magistrat avait le droit de tenir compte du fait que la présence de l'appelante, nue dans un endroit public, sans excuse légitime, aurait pu constituer, en elle-même, une violation de l'art. 170, et qu'elle offensait la décence publique. L'appelante n'a pas été accusée d'avoir commis une infraction sous le régime de l'art. 170, ou d'avoir figuré dans un spectacle indécent, mais c'était un facteur qui, relié aux autres preuves, pouvait être considéré en décidant si, oui ou non, son spectacle était immoral.

Les autres preuves étaient les suivantes: l'appelante a donné son spectacle devant un auditoire entièrement masculin et le spectacle était présenté dans un but de lucre. Rien dans la preuve indique que le spectacle avait une valeur artistique. C'était un numéro de strip-tease dont le seul but était de provoquer l'émoustillement lubrique des sens des spectateurs. Compte tenu de tous ces facteurs, à mon avis, il y avait devant le magistrat une preuve sur laquelle il pouvait conclure que l'appelante avait figuré comme exécutant dans un spectacle immoral.

Il incombait au magistrat de décider, d'après ces preuves, si, oui ou non, le spectacle était immoral. Je n'accepte pas la prétention selon laquelle l'accusation de la Couronne ne pouvait être prouvée qu'en présentant une preuve établissant quelles étaient les normes morales qui

with the view expressed by Dickson J.A., as he then was, in the Manitoba Court of Appeal, in *R. v. Great West News Ltd.*[2], at p. 361, that:

> . . . the courts have not found it necessary to call upon expert testimony to describe the standards of the community. Such evidence is, of course, admissible but that is not the same thing as saying it is essential.

In *Shaw v. Director of Public Prosecutions*[3], Lord Hodson concluded his reasons with the following passage, at p. 294:

> Since a criminal indictment is followed by the verdict of a jury it is true that the function of custos morum is in criminal cases ultimately performed by the jury, by whom, on a proper direction, each case will be decided. This I think is consonant with the course of the development of our law. One may take, as an example, the case of negligence where the standard of care of the reasonable man is regarded as fit to be determined by the jury. In the field of public morals it will thus be the morality of the man in the jury-box that will determine the fate of the accused, but this should hardly disturb the equanimity of anyone brought up in the traditions of our common law.

The present case was not a jury case, but it was the duty of the magistrate to perform the function of the jury in assessing the evidence before him.

In my opinion the appellant has failed to establish that the magistrate erred in law in convicting the appellant, and the appeal should be dismissed.

Abbott, Judson, Laskin and Dickson JJ. concurred with the judgment delivered by

RITCHIE J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my brother Spence in which he has outlined the circumstances giving rise to this appeal and I agree with him

[2] (1970), 72 W.W. R.354.
[3] [1962] A.C. 220.

avaient cours dans la société. Je partage l'avis exprimé par le Juge Dickson, alors Juge de la Cour d'appel du Manitoba, dans l'arrêt *R. v. Great West News Ltd.*[2], p. 361, selon lequel:

> [TRADUCTION]. . .Les cours n'ont pas jugé nécessaire de faire appel à des témoins experts pour décrire les normes de la collectivité. Pareille preuve est, évidemment, admissible mais dire qu'elle est essentielle n'est pas la même chose.

Dans l'arrêt *Shaw v. Director of Public Prosecutions*[3], Lord Hodson a conclu ses motifs avec le passage suivant, à la p. 294:

> [TRADUCTION] Puisqu'un acte d'accusation en matière criminelle est suivi du verdict d'un jury, il est vrai que, dans les affaires criminelles, la fonction de *custos morum* exécutée en fin de compte par le jury, qui décide chaque affaire après avoir reçu les directives appropriées. Je crois que ceci est conforme à l'évolution de notre droit. À titre d'exemple, on pourrait prendre les affaires concernant la négligence, où la norme de diligence de l'homme raisonnable est considérée comme propre à être déterminée par le jury. En ce qui concerne les mœurs publiques, ce seront donc les principes moraux de l'homme assis sur le banc du jury qui détermineront le sort de l'accusé, mais ceci ne devrait guère troubler la sérénité de quiconque a été élevé dans les traditions de notre *common law*.

La présente affaire n'était pas une affaire présidée par un jury, mais il incombait au juge d'exécuter les fonctions du jury en appréciant la preuve présentée devant lui.

À mon avis, l'appelante n'a pas établi que le juge a fait une erreur de droit en déclarant l'appelante coupable, et l'appel devrait être rejeté.

Les Juges Abbott, Judson, Laskin et Dickson souscrivent au jugement rendu par

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le Juge Spence dans lesquels il a relaté les circonstances qui ont donné lieu à l'appel et je sous-

[2] (1970), 72 W.W.R. 354.
[3] [1962] A.C. 220.

that the appeal should be allowed; but as I reach the same conclusion for somewhat different reasons, I think it desirable that I should express my views separately.

The gravamen of the offence here charged is that the appellant

> . . . did unlawfully appear as a performer in an *immoral performance*, to wit: did dance in the nude in a theatre before a paying audience, contrary to the Criminal Code.

The italics are my own.

The appellant having been convicted at trial before a provincial magistrate, application was made for a stated case pursuant to s. 762 of the *Criminal Code* and a case was duly stated which read, in part, as follows:

> (1) (e) The grounds on which the same (i.e. the conviction) is questioned are:
>
> That I (the said Provincial Magistrate) erred in point of law in holding that the Appellant's appearance as a performer was unlawful and that to dance in the nude before a paying audience constituted an immoral performance.
>
> (f) The grounds upon which I support the preceding question are:
>
> On the point under Appeal herein, the evidence led before me proved:
>
> 1. The accused (Applicant) danced in the nude in a cabaret known as "Dino's Hideaway Cabaret" on the 29th day of September, A.D. 1971.
>
> My reasons for Judgment in finding the said dance to be an immoral performance, HELD:
>
> ". . . dancing in the nude in a public performance is contrary to the provisions of the Criminal Code of Canada."
>
> The Accused (Applicant) desires to question the validity of the said conviction on the ground that it is erroneous in Law and respectfully seeks the opinion, ruling and Judgment of This Honourable Court accordingly.

cris à son avis qu'il y aurait lieu d'accueillir l'appel; mais, puisque je tire la même conclusion pour des motifs quelque peu différents, je crois souhaitable d'exprimer mon avis dans des motifs distincts.

Le fond de l'infraction reprochée à l'appellante en l'espèce est

> [TRADUCTION] . . . d'avoir illégalement figuré comme exécutant dans un *spectacle immoral*, à savoir: d'avoir dansé nue dans un théâtre devant des spectateurs payants, contrairement aux dispositions du Code criminel.

J'ai mis des mots en italique.

L'appelante ayant été déclarée coupable au procès devant un magistrat provincial, une demande d'exposé de cause a été faite en vertu de l'art. 762 du *Code criminel* et une cause a été dûment exposée, qui se lit, en partie, comme suit:

> [TRADUCTION] 1 *e*) Les moyens sur lesquels la déclaration de culpabilité est contestée sont:
>
> Que j'ai commis (ledit magistrat provincial) une erreur de droit en statuant que la représentation de l'appelante était illégale et que danser nue devant des spectateurs payants constituait un spectacle immoral.
>
> *f*) Les motifs sur lesquels j'appuie la décision ci-dessus sont:
>
> Sur le point quant auquel on se pourvoit en l'espèce, la preuve déposée devant moi a démontré:
>
> 1. L'inculpée (la réquérante) a dansé nue dans un cabaret appelé «Dino's Hideaway Cabaret» le 29 septembre 1971.
>
> Mes motifs de jugement en concluant que ladite danse est un spectacle immoral, DÉCIDÉ:
>
> « . . . danser nu dans un spectacle public est contraire aux dispositions du Code criminel du Canada.»
>
> L'inculpée (la requérante) désire contester la validité de ladite déclaration de culpabilité en alléguant qu'elle est erronée en droit et demande respectueusement l'avis, la décision et le jugement de cette honorable Cour en conséquence.

IT IS DESIRED THEREFORE RESPECTFULLY TO QUESTION:

Was I correct in holding the said dance to be an immoral performance, contrary to the provisions of the Criminal Code of Canada?

The evidence which forms the basis of the case stated by the learned provincial magistrate is confined to the fact that the appellant "danced in the nude in a cabaret . . ." and the sole question posed by the learned magistrate is whether such a dance constitutes "an immoral performance contrary to the provisions of the Criminal Code".

The Courts below, however, took into consideration the evidence of a police detective who was the only witness called at the trial, and upon which McDermid J.A., in the Court of Appeal, made the following comment:

The detective testified that the respondent did nothing offensive in any way, shape or form by word, gesture or any other way while the dance was being executed and the detective was not upset by the performance.

With the greatest respect for those who may hold a different view, it appears to me that the question of whether or not certain conduct constitutes an offence under the *Criminal Code* is a question of law in the strict sense and that the Courts below accordingly had jurisdiction to entertain the appeal. The question raised by the stated case does not turn on the weighing of any evidence as it is based on a fact which is in no way disputed, namely, that the appellant was nude when dancing in a cabaret. It was for the magistrate to decide whether or not this constituted an immoral performance and proof of community standards of morality did not, in my opinion, constitute an essential ingredient of the Crown's case.

I agree with Mr. Justice McDermid that the charge against the appellant was obviously laid under the provisions of s. 163(2) of the *Criminal Code* which provide as follows:

**163.** (2) Every one commits an offence who takes part or appears as an actor, performer, or assistant in any capacity, in an immoral, indecent or obscene

EST DONC RESPECTUEUSEMENT POSÉE LA QUESTION SUIVANTE:

Avais-je raison de conclure que ladite danse était un spectacle immoral, contrairement aux dispositions du Code criminel du Canada?

La preuve sur laquelle repose la cause exposée par le savant magistrat provincial se limite au fait que l'appelante (traduction) «a dansé nue dans un cabaret . . .» et la seule question posée par le savant magistrat est de savoir si pareille danse constitue «un spectacle immoral contrairement aux dispositions du Code criminel».

Cependant, les cours d'instance inférieure ont considéré le témoignage d'un policier qui a été le seul témoin convoqué au procès, et le Juge d'appel McDermid, en Cour d'appel, a commenté son témoignage comme suit:

[TRADUCTION] Le détective a témoigné que l'intimée n'a rien fait d'offensant, d'aucune façon, que ce soit en parole, en geste ou autrement, lorsqu'elle a exécuté la danse et le détective n'a pas été troublé par le spectacle.

Avec le plus grand respect pour les vues de ceux dont l'avis est différent, il me semble que la question de savoir si, oui ou non, une certaine conduite constitue une infraction en vertu du *Code criminel*, est une question de droit au sens strict et que les cours d'instance inférieure étaient par conséquent compétentes pour entendre l'appel. La question soulevée par l'exposé de cause ne repose pas sur l'évaluation d'une preuve puisqu'elle est basée sur un fait qui n'est contesté d'aucune façon, à savoir, que l'appelante était nue lorsqu'elle a dansé dans un cabaret. Il incombait au magistrat de décider si, oui, ou non, cet acte constituait un spectacle immoral, et la preuve des normes morales de la collectivité ne constituait pas, à mon avis, un élément essentiel de la preuve de la Couronne.

Je suis d'accord avec M. Le Juge McDermid que l'accusation contre l'appelante était portée de toute évidence en vertu des dispositions du par. 2 de l'art. 163 du *Code criminel* qui se lit comme suit:

**163.** (2) Commet une infraction, quiconque participe comme acteur ou exécutant, ou aide en n'importe quelle qualité, à un spectacle, à un divertisse-

performance, entertainment or representation in a theatre.

It will be observed that this section is concerned exclusively with the nature of the "*performance*" in which the accused participated and that Parliament clearly contemplated three separate prohibited categories, none of which necessarily involved nudity and all of which might well apply to a performance presented by persons who were fully clothed although the word "indecent" is capable of being construed so as to apply to any undue exposure of the naked body. The appellant, however, is not charged with appearing in an "indecent performance" and the issue in this case is confined to the question of whether the performance of a dance in a theatre before a public audience, which would have been unexceptional if performed when fully or partly clad, becomes "immoral" on the sole ground that it is performed "in the nude".

I agree with the Appellate Division that the learned provincial magistrate was not referring to the provisions of s. 163 of the *Criminal Code*, but rather to those of s. 170, when he made the finding that "dancing in the nude in a public place is immoral", and on the appeal to this Court the question initially posed in the stated case therefore becomes that which is stated in the order granting leave to appeal, namely:

Did the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta err in law in deciding that in considering what constituted an immoral performance under section 163(2) of the Criminal Code it should be held that Parliament by enacting section 170 of the Criminal Code has declared that nudity in a public place without lawful excuse, is a breach of moral standards in Canada.

Although the Appellate Division expressed some doubts as to whether this constituted a question of law, I take the view that the true meaning to be attributed to the interrelation of two sections of the Code raises such a question.

ment ou à une représentation immorale, indécente ou obscène, ou y figure de la sorte, dans un théâtre.

Il convient de remarquer que cet article concerne uniquement la nature du «*spectacle*» auquel l'accusée a participé et que le Parlement a clairement envisagé trois catégories interdites distinctes dont aucune n'implique nécessairement la nudité et dont toutes pourraient bien s'appliquer à un spectacle présenté par des personnes entièrement vêtues bien que le terme «indécent» puisse s'interpréter de manière à s'appliquer à l'exhibition indue de la nudité. Par contre, l'appelante n'est pas accusée d'avoir figuré dans «un spectacle indécent» et le litige se limite à la question de savoir si l'exécution d'une danse dans un théâtre devant un auditoire public, danse qui aurait été normale si l'exécutant avait été entièrement ou partiellement vêtu, devient «immorale» pour le seul motif qu'elle est exécutée «nu».

Je partage l'opinion de la Division d'appel que le savant magistrat provincial ne se reportait pas aux dispositions de l'art. 163 du *Code criminel*, mais plutôt à celles de l'art. 170, lorsqu'il a conclu que (traduction) «danser nu dans un endroit public est immoral» et en appel devant cette Cour la question posée à l'origine dans l'exposé de cause devient donc celle qui est exposée dans l'ordonnance autorisant l'appel, à savoir:

[TRADUCTION] La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a-t-elle commis un erreur de droit en décidant que, lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un spectacle immoral sous le régime du par. 2 de l'art. 163 du Code criminel, il faut conclure que le Parlement, en adoptant l'article 170 du Code criminel, a déclaré qu'être nu dans un endroit public sans excuse légitime est une violation de normes morales au Canada.

Bien que la Division d'appel ait exprimé quelque doute quant à savoir si cette question constituait une question de droit, je pense que le véritable sens à attribuer à la corrélation entre les deux articles du Code soulève pareille question.

In delivering the reasons for judgment adopted by the Appellate Division, McDermid, J.A., limited his consideration of s. 170 to the provisions of subs. (1)(*a*) thereof, but in my view it is necessary to consider the section as a whole in order to determine the intention of Parliament in enacting it.

**170.** (1) Every one who, without lawful excuse,

(*a*) is nude in a public place, or

(*b*) is nude and exposed to public view while on private property, whether or not the property is his own,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) *For the purposes of this section a person is nude who is so clad as to offend against public decency or order.*

(3) No proceedings shall be commenced under this section without the consent of the Attorney General.

The italics are my own.

It has been pointed out by my brother Spence that the provisions of s. 170 were originally included in s. 205(A) of the *Criminal Code* as enacted by 1931, c. 28, s. 2, and were aimed at the maintenance of public order and the prohibition of disorderly conduct. In seeking to determine the intention of Parliament in enacting s. 170, I share the view of my brother Spence that some significance is to be attached to the fact that this section appears in the Code under the general heading of "Disorderly Conduct".

Sections 163(2) and 170 of the *Criminal Code* in my view create two entirely different offences; the former applies to every one who takes part in an "immoral, indecent or obscene performance, entertainment or representation in a theatre", whereas the latter does not relate to a performance of any kind and is confined to the case of a person "who is so clad as to offend against public decency or order". Some indication of the meaning which Parliament intended to be assigned to the word "immoral" in relation to nudity may be derived from the

Dans ses motifs de jugement adoptés à l'unanimité par la Division d'appel, le Juge d'appel McDermid a limité son étude de l'art. 170 aux dispositions de l'alinéa *a*) du par. 1 dudit article, mais, à mon avis, il est nécessaire de considérer l'article en entier pour déterminer quelle était l'intention du Parlement au moment de son adoption.

**170.** (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, sans excuse légitime,

*a*) est nu dans un endroit public, ou

*b*) est nu et exposé à la vue du public sur une propriété privée, que la propriété soit la sienne ou non.

(2) *Est nu, aux fins du présent article, quiconque est vêtu de façon à offenser la décence ou l'ordre public.*

(3) Aucune procédure ne doit être intentée sous l'autorité du présent article sans le consentement du procureur général.

J'ai mis des mots en italique.

Mon collègue le Juge Spence a signalé que les dispositions de l'art. 170 étaient à l'origine comprises dans l'al. A) de l'art. 205 du *Code criminel* tel qu'adopté dans 1931, c. 28 art. 2, et visaient le maintien de l'ordre public et la prohibition de l'inconduite. En tendant de déterminer l'intention qu'avait le Parlement en adoptant l'art. 170, je partage l'avis de mon collègue le Juge Spence qu'il faut attacher une certaine importance au fait que cet article figure dans le Code sous l'intitulé général «Inconduite».

A mon avis, le par. 2 de l'art. 163 et l'art. 170 du *Code criminel* créent deux infractions entièrement différentes; la première s'applique à quiconque participe «à un spectacle, à un divertissement ou à une représentation immorale, indécente ou obscène dans un théâtre», tandis que la deuxième ne se rapporte pas à un spectacle et se limite au cas de quiconque «est vêtu de façon à offenser la décence ou l'ordre public». Une indication du sens que le Parlement avait l'intention d'attribuer au terme «immoral» relativement à la nudité peut être tirée du fait qu'il

fact that it did not find it necessary to include that word in the definition of "nudity" in s. 170 from which it seems to me to follow that a person found to be "nude in a public place" could not be convicted of a charge of having performed an immoral act under that section or an immoral performance under section 163.

Mr. Justice McDermid, however, in speaking for the Appellate Division, expressed his view of the effect of s. 170 in relation to the offence here charged in the following language:

> The respondent was not charged under this section and therefore could not be convicted thereunder. However, the offence has always been treated as one relating to morals, and the Parliament of Canada by making it an offence has declared that it is a breach of a moral standard in Canada. We know of no better way of establishing moral standard than a declaration by the Parliament of Canada, and so the Provincial Judge was justified in accepting this as his standard in finding that the dance by the respondent in the nude was an immoral performance.

With the greatest respect, I have difficulty in accepting the proposition that being "so clad as to offend against public decency or order" has always been treated as an offence relating to *morals* and this difficulty is increased by the fact that s. 163(2), under which this appellant is charged, makes a distinction between that which is "immoral" and that which is "indecent".

The suggestion that an act becomes "immoral" because it has been made an offence by the Parliament of Canada is to me a completely novel one. It would mean, for example, that it is a "breach of moral standards in Canada" to "loiter in a public place and in any way obstruct persons who are there" contrary to s. 171(*b*), a section which, like s. 170, appears under the general heading of "Disorderly Conduct". For my part this reasoning does not assist me in determining what Parliament intended by the use of the word "immoral" under s. 163(2).

n'a pas jugé nécessaire d'inclure ce terme dans la définition du terme «nudité» à l'art. 170 et il s'ensuit, selon moi, qu'une personne trouvée «nue dans un endroit public» ne peut être déclarée coupable d'une accusation d'avoir exécuté un acte immoral sous le régime de cet article-là ou un spectacle immoral sous le régime de l'art. 163.

Cependant, M. le Juge McDermid, en parlant au nom de la Division d'appel, a exprimé son avis dans les termes suivants au sujet de l'effet de l'art. 170 en regard de l'infraction reprochée:

> [TRADUCTION] L'intimée n'a pas été accusée en vertu de cet article et ne pouvait donc pas être déclarée coupable sous son empire. Cependant, l'infraction a toujours été considérée comme se rapportant aux mœurs, et le Parlement du Canada, du fait qu'il en a fait un infraction, s'est trouvé à déclarer qu'il s'agissait d'une violation d'une norme morale au Canada. Nous ne connaissons pas de meilleure façon d'établir une norme morale que par une déclaration du Parlement du Canada, et le juge provincial était fondé à accepter celle-ci comme critère en concluant que la danse exécutée nue par l'intimée était un spectacle immoral.

Avec le plus grand respect, je peux difficilement accepter la proposition qu'être «vêtu de façon à offenser la décence ou l'ordre public» a toujours été considéré comme une infraction se rapportant aux *mœurs* et cette difficulté est accrue du fait que le par. 2 de l'art. 163, en vertu duquel l'appelante est accusée, fait une distinction entre ce qui est «immoral» et ce qui est «indécent».

L'idée selon laquelle un acte devient «immoral» parce que le Parlement du Canada l'a érigé en infraction m'apparaît tout à fait inédite. Par exemple, ceci signifierait que c'est «une violation de normes morales au Canada» que de «flâner dans un endroit public et, de quelque façon, gêner des personnes qui s'y trouvent» contrairement à l'al. *b*) de l'art. 171, un article qui, comme l'art. 170, paraît sous l'intitulé général «Inconduite». Pour ma part, ce raisonnement ne m'aide en rien à déterminer ce qu'a été l'intention du Parlement quand il a employé le terme «immoral» au par. 2. de l'art. 163.

The provisions of s. 170 do not stigmatize the display of the human form in its natural state as "immoral" and as the offence here charged must rest solely on the ground that the appellant's body was completely unclothed and there is no suggestion that the "*performance*" was otherwise "*immoral*", I conclude that the learned trial judge was incorrect in holding "the said dance to be an immoral performance contrary to the provisions of the Criminal Code" as presently enacted, and I cannot agree with the Appellate Division that the language employed by Parliament in enacting s. 170 is to be construed as meaning that being unclothed in a public place is a breach of *moral standards* in Canada and therefore constitutes an "immoral performance" within the meaning of s. 163(2).

Having regard to the fact that the appellant was here charged with appearing "as a performer in an *immoral performance*", I find it unnecessary to express any opinion as to what the result would have been if she had been charged with participating in an "*indecent performance*".

For these reasons I would allow this appeal and restore the judgment of Mr. Justice Riley quashing the conviction entered by the learned provincial magistrate at the trial.

Laskin J. concurred with the judgment delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta pronounced on June 9, 1972. By that judgment, the Appellate Division allowed an appeal from the decision of Riley J. pronounced on February 8, 1972. Riley J. had allowed an appeal by way of stated case from a conviction by Provincial Court Judge F.A. Thurgood which had been pronounced on December 30, 1971.

The accused was charged that she

Les dispositions de l'art. 170 ne font pas de l'exposition du corps humain dans son état naturel un acte «immoral», et étant donné que l'infraction reprochée en l'espèce doit reposer uniquement sur le motif selon lequel le corps de l'appelante était complètement dévêtu et qu'il n'y a aucune indication que le «*spectacle*» était d'autre façon «*immoral*», j'en conclus que le savant premier juge a commis une erreur en statuant que «ladite danse était un spectacle immoral contrairement aux dispositions du Code criminel» tel qu'il est présentement en vigueur, et ne puis être d'accord avec la Division d'appel que les termes employés par le Parlement en adoptant l'art. 170 doivent être interprétés comme signifiant qu'être dévêtu dans un endroit public est une violation de normes morales au Canada et constitue donc un «spectacle immoral» au sens du par. 2 de l'art. 163.

Étant donné qu'en l'espèce l'appelante a été accusée d'avoir figuré «comme exécutant dans un *spectacle immoral*» je conclus qu'il n'est pas nécessaire d'exprimer d'opinion sur ce qu'aurait été le résultat si elle avait été accusée d'avoir participé à un «*spectacle indécent*».

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel en l'instance et de rétablir le jugement de M. Le Juge Riley annulant la déclaration de culpabilité inscrite par le savant magistrat provincial au procès.

Le Juge Laskin souscrit au jugement rendu par

LE JUGE SPENCE—Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta prononcé le 9 juin 1972. Par son arrêt, la Division d'appel a accueilli un appel de la décision du Juge Riley prononcée le 8 février 1972. Le Juge Riley avait accueilli un appel interjeté par voie d'exposé de cause à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée par le Juge F. A. Thurgood, un juge de la Cour provinciale, le 30 décembre 1971.

L'inculpée a été accusée d'avoir

On or about the 29th day of September, A.D. 1971 at Calgary in the said Province, did unlawfully appear as a performer in an immoral performance, to wit: did dance in the nude in a theatre before a paying audience, contrary to the Criminal Code.

On September 29, 1971, the date of the alleged offence, s. 152(2) of the *Criminal Code* provided:

**152.** (2) Every one commits an offence who takes part or appears as an actor, performer, or assistant in any capacity, in an immoral, indecent or obscene performance, entertainment or representation in a theatre.

The same exact section appears in the *Criminal Code* of Canada, 1970 R.S.C., c. C-34, as s. 163(2).

The learned Provincial Court Judge gave judgment in the trial before him very briefly as follows:

Well, I have listened to the argument of both counsel and I appreciate the amount of work that they have put into this matter, and I appreciate the fact that probably it is a case without precedent before the Courts in Calgary at least. However, on review of all the authorities, I cannot come to the conclusion that this case can be decided upon the basis of most of the cases cited to me. As I said before, I'm inclined, I can find no case involving the live exhibition of dancing in this country, where the dancer was completely in the nude. I find the accused guilty of this offence.

And in the case which His Honour stated for the Supreme Court of Alberta, His Honour said:

My reasons for judgment in finding the said dance to be an immoral performance, HELD:

". . . dancing in the nude in a public performance is contrary to the provisions of the Criminal Code of Canada"

McDermid J.A., in giving reasons in the Appellate Division whereby that Court allowed an appeal from Riley J. and restoring the conviction of the Provincial Court Judge, summarized the facts in this paragraph:

[TRADUCTION] Le 29 septembre 1971 ou vers cette date, à Calgary dans ladite province, illégalement figuré comme exécutant dans un spectable immoral, à savoir: d'avoir dansé nue dans un théâtre devant des spectateurs payants, contrairement aux dispositions du Code criminel.

Le 29 septembre 1971, le jour de l'infraction reprochée, le par. 2 de l'art. 152 du *Code criminel* prévoyait:

**152.** (2) Commet une infraction, quiconque participe comme acteur ou exécutant, ou aide en n'importe quelle qualité, à un spectacle, à un divertissement ou à une représentation immorale, indécente ou obscène, ou y figure de la sorte, dans un théâtre.

Le même article figure dans le *Code criminel* du Canada, 1970 S.R.C., c. C-34, comme paragraphe (2) de l'art. 163.

Au procès, le savant juge de la Cour provinciale a rendu jugement d'une façon très brève comme suit:

[TRADUCTION] J'ai entendu la plaidoirie des deux avocats et je me rends compte de la somme de travail qu'ils ont dépensée dans cette affaire, et je suis conscient du fait que c'est probablement la première fois que les cours, à Calgary du moins, sont saisies d'une affaire semblable. Cependant, après étude de toute la jurisprudence, je ne puis conclure que cette cause peut être décidée suivant le principe appliqué dans la plupart des précédents qu'on m'a cités. Comme je l'ai déjà dit, je suis enclin, je ne puis trouver aucun précédent concernant un spectacle de danse devant un public dans ce pays, alors que la danseuse était complètement nue. Je déclare l'inculpée coupable de cette infraction.

Et dans la cause que son Honneur a exposée à la Cour suprême de l'Alberta, Son Honneur a dit:

[TRADUCTION] Mes motifs de jugement en concluant que ladite danse est un spectacle immoral, DÉCIDÉ:

« . . . danser nu dans un spectacle public est contraire aux dispositions du Code criminel du Canada»

Le Juge d'appel McDermid, dans ses motifs en Division d'appel, sur la base desquels cette cour-là a accueilli un appel du jugement du Juge Riley et a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge de la Cour provinciale, a résumé les faits dans le paragraphe suivant:

The only evidence given against the respondent was that of one detective of the City of Calgary Police Force, who testified that on the day in question he entered the cabaret in question and paid a $3 cover charge which included a meal and entertainment. There were about sixteen other paying guests present. There was a stage in the cabaret in front of which there were approximately twenty tables. The stage was well lighted. The respondent danced three dances followed by a short intermission when she returned to the stage and did a dance in the nude. She was entirely alone on the stage at the time. The detective testified that the respondent did nothing offensive in any way, shape or form by word, gesture or any other way while the dance was being executed and the detective was not upset by the performance.

Detective Scott was the only witness called for the prosecution and his evidence was so brief that I quote in full the relevant parts thereof:

A. Approximately sixteen male persons in attendance. At approximately twenty after twelve a performer, Miss Kelly Johnson, was introduced to the audience whereby she got on the stage in front of approximately twenty tables and—to dance a topless dance. She danced three dances; one with the top on and two with her top off and then there was a short intermission. In approximately five minutes she returned to the stage and did another dance with her top off and then another dance with her—removing her bikini panties. She danced for approximately two minutes, shortly over two minutes, whereby she left the stage.

Q. When she removed her bikini panties, how was she dressed?

A. Completely in the nude.

Q. All right, was there any other individual appearing on the stage besides Kelly Johnson at the time?

A. No, she was the only one.

Q. And what were the individuals doing in this premises that you described?

A. They were seated at tables eating their lunch and watching the performance.

And in cross-examination:

[TRADUCTION] La seule preuve à charge contre l'intimée était le témoignage d'un détective de la Sûreté de Calgary, qui a témoigné qu'au jour en question, il est entré dans le cabaret en question et a payé $3 de frais d'admission, qui comprenaient un repas et un divertissement. Environ seize autres spectateurs payants étaient présents. Il y avait une scène dans le cabaret devant laquelle se trouvait environ vingt tables. La scène était bien éclairée. L'intimée a exécuté trois danses suivies d'une courte intermission et elle est revenue sur scène et a dansé nue. Elle était absolument seule sur scène à ce moment-là. Le détective a témoigné que l'intimée n'a rien fait d'offensant, que ce soit en parole, en geste ou autrement, lorsqu'elle a exécuté la danse et le détective n'a pas été troublé par le spectacle.

Le détective Scott a été le seul témoin convoqué par la partie poursuivante et son témoignage a été si court que je cite en entier les passages pertinents:

[TRADUCTION] R. Environ seize spectateurs de sexe masculin étaient présents. À environ midi vingt, une exécutante, Miss Kelly Johnson, a été présentée à l'auditoire et elle a monté sur scène devant environ vingt tables et—pour exécuter une danse sans soutien-gorge. Elle a exécuté trois danses; une avec soutien-gorge et deux sans soutien-gorge et il y a eu ensuite une courte intermission. Environ cinq minutes plus tard, elle est revenue sur scène et a exécuté une autre danse sans soutien-gorge et ensuite une autre danse avec—en enlevant son cache-sexe. Elle a dansé environ deux minutes, un peu plus de deux minutes, après quoi elle a quitté la scène.

Q. Quand elle a enlevé son cache-sexe, comment était-elle vêtue?

R. Elle était entièrement nue.

Q. Bien, y avait-il une autre personne sur scène aux côtés de Kelly Johnson à ce moment?

R. Non, elle était seule.

Q. Et que faisaient les personnes dans cet établissement que vous avez décrit?

R. Elles étaient attablées, elles prenaient leur repas et regardaient le spectacle?

Et en contre-interrogatoire:

Q. And according to your evidence she performed a series of dances with various items of clothing?
A. Yes. I believe there were five dances in all.

Q. She wore progressively less clothing as the dances proceeded?
A. Yes.

Q. And this last dance, which she was dancing without any clothes at all, occupied about two minutes perhaps?
A. I would say a little over two minutes. The length of a record. I would say a little over two minutes.

Q. Was the accused dancing on an elevated stage?
A. Yes.

. . . . .

Q. I repeat the question, she never left the stage while she was dancing?
A. No.

Q. And I suggest to you, Detective Scott, that it was rather a beautiful performance?
A. I beg your pardon?

Q. I suggest to you, Detective Scott, that it was rather a beautiful performance. It didn't upset you in any way?
A. No.

Q. I suggest further, sir, that the accused did nothing offensive in any way, shape or form while this dance was being executed. By offensive I mean by word or gesture or any other way.

A. No.

. . . . .

I note that the charge was particular that the accused

did unlawfully appear as a performer in an immoral performance, to wit: did dance in the nude in a theatre before a paying audience, contrary to the Criminal Code.

Section 152(2), now s. 163(2), made it an offence to be a performer in an immoral, indecent or obscene performance thereby creating three possible offences and the Crown chose to charge only one of those offences, that is, performing an immoral performance. It was the Crown's duty to prove that offence and either evidence or argument dealing with indecent or

[TRADUCTION] Q. Et d'après votre témoignage, elle a exécuté une série de danses avec différents morceaux de vêtements?
R. Oui. Je crois qu'il y a eu cinq danses en tout.

Q. Elle portait de moins en moins de vêtements au fur et à mesure des danses?
R. Oui.

Q. Et cette dernière danse qu'elle a exécutée sans aucun vêtement, a duré environ deux minutes peut-être?
R. Je dirais un peu plus de deux minutes. La durée d'un disque. Je dirais un peu plus de deux minutes.

Q. L'inculpé dansait-elle sur une scène surélevée?
R. Oui.

. . . . .

Q. Je répète la question, elle n'a jamais quitté la scène pendant qu'elle dansait?
R. Non.

Q. Et si je vous disais, détective Scott, que c'était plutôt un beau spectacle?
R. Pardon?

Q. Si je vous disais, détective Scott, que c'était plutôt un beau spectacle. Vous n'avez pas été troublé d'aucune façon?
R. Non.

Q. Si je vous disais aussi, monsieur, que l'inculpée n'a fait rien d'offensant, d'aucune façon, pendant l'exécution de cette danse. Par offensant, je veux dire en parole ou en geste ou de quelque autre façon.
R. Non.

. . . . .

Je remarque que la plainte accusait spécifiquement l'accusée

d'avoir illégalement figuré comme exécutant dans un spectacle immoral, à savoir: d'avoir dansé nue dans un théâtre devant des spectateurs payants, contrairement aux dispositions du Code criminel.

En vertu du par. (2) de l'art. 152, maintenant le par. (2) de l'art. 163, commet une infraction quiconque est exécutant dans un spectacle immoral, indécent ou obscène, et l'article crée ainsi trois infractions possibles; la Couronne a décidé d'intenter sa poursuite sur une seule de ces infractions, c'est-à-dire, le fait de participer à un spectacle immoral. Il incombait à la Cou-

obscene performance was quite irrelevant. It will be seen from my recital that the only evidence adduced and therefore the only evidence upon which the learned Provincial Court Judge could base his decision was that of Detective Scott and Detective Scott had, as McDermid J.A. pointed out, testified that the respondent did nothing offensive in any way, shape or form by word, gesture or any other way while the dance was being executed and that he was not upset by the performance. Under these circumstances, it is my opinion that the learned Provincial Court Judge had no evidence upon which he could come to his conclusion which as I have said, he outlined in the stated case, that dancing in the nude in a public performance was contrary to the provisions of the *Criminal Code* of Canada.

The word "immoral" is not defined in the *Criminal Code* and therefore the learned Provincial Court Judge would have had to have some evidence of what was and what was not immoral in order to found his judgment.

The learned Provincial Court Judge himself asked the Crown counsel:

> What evidence is there that dancing in the nude constitutes or what authority is there for the proposition of dancing in the nude constitutes an immoral performance?

Crown counsel replied:

> It is a submission that the Crown in the terms of the prevailing moral standards . . .

The Crown failed to adduce any evidence of such prevailing moral standards and in fact if Detective Scott's opinion represented those prevailing moral standards then the performance was certainly not immoral.

Further in his argument, I think the Crown counsel put the thing rather well:

> I think what is of more material and what is of the real essence here is whether or not dancing in the nude in Calgary, Alberta, Canada, today constitutes a contravention of contemporary community standards

ronne de prouver cette infraction et toute preuve ou plaidoirie ayant trait à un spectacle indécent ou obscène était tout à fait non pertinente. Il se dégagera de mes motifs que la seule preuve présentée et, par conséquent, la seule preuve sur laquelle le savant juge de la Cour provinciale pouvait fonder sa décision, était le témoignage du détective Scott, et le détective Scott, comme le Juge d'appel McDermid l'a signalé, avait témoigné que l'intimée n'avait rien fait d'offensant, d'aucune façon, que ce soit en parole, geste ou autrement, pendant l'exécution de la danse et qu'il n'avait pas été troublé par le spectacle. Dans les circonstances, je suis d'avis que le savant juge de la Cour provinciale n'avait aucune preuve sur laquelle fonder sa conclusion qu'il a, comme je l'ai dit, énoncée dans l'exposé de cause, savoir, que danser nu dans un spectacle public est contraire aux dispositions du *Code criminel* du Canada.

Le terme «immoral» n'est pas défini dans le *Code criminel* et le savant juge de la Cour provinciale devait donc, pour fonder son jugement, s'appuyer sur quelque preuve démontrant ce qui était et ce qui n'était pas immoral.

Le savant juge de la Cour provinciale a lui-même demandé à l'avocat de la Couronne:

> [TRADUCTION] Quelle preuve ou quel précédent y a-t-il pour dire que danser nu constitue un spectacle immoral?

L'avocat de la Couronne a répondu:

> [TRADUCTION] Nous disons que la Couronne, en vertu des normes morales courantes . . .

La Couronne n'a présenté aucune preuve démontrant quelles étaient les normes morales courantes et, en fait, si l'avis du détective Scott était représentatif de ces normes morales courantes alors le spectacle n'était certainement pas immoral.

Plus loin dans sa plaidoirie, je crois que l'avocat de la Couronne a bien exposé la question:

> [TRADUCTION] Je crois que le plus important, le fond même de l'affaire, est de savoir si, oui ou non, danser nu à Calgary, en Alberta, au Canada, aujourd'hui va à l'encontre des normes contemporaines de

is real if I can use the expression "guilt issue" in the case. I respectfully submit that although there is no question about the fact that there have been changes in the contemporary community standards over the years that those standards have not changed so much that it is possible for an individual to stage a performance in public in the nude. That this offence be prevailing the standards which exist within not only Calgary, Alberta, but in Canada today.

I am therefore of the view that lacking such evidence there was nothing upon which the learned Provincial Court Judge could come to the opinion that he should register a conviction.

Riley J. quashed the conviction expressing his conclusion in these words:

There was nothing to suggest that the performance

(a) was in any way lustful,

(b) no tendency to deprave or corrupt,

(c) there was no distorted, impoverished masturbatory concentration on pornography.

In the result the appeal is allowed and the conviction quashed.

On the appeal by the Crown to the Appellate Division, McDermid J.A. gave as his opinion for the registration of the conviction by the Provincial Court Judge that the Provincial Court Judge was referring to what is now s. 170 of the *Criminal Code* and which at the time of the offence was s. 159(1) of the *Criminal Code.*

Section 170 reads:

**170.** Every one who, without lawful excuse,

(*a*) is nude in a public place, or

(*b*) is nude and exposed to public view while on private property, whether or not the property is his own,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

McDermid J.A. stated:

However, the offence has always been treated as one relating to morals, and the Parliament of Canada by making it an offence has declared that it is a breach of a moral standard in Canada. We know of no better

la collectivité; c'est là vraiment, si je puis employer l'expression, la «question de culpabilité» dans la présente affaire. Je fais valoir respectueusement que bien qu'il soit indiscutable que les normes contemporaines de la collectivité ont évolué au cours des années, que ces normes n'ont pas changé au point qu'il soit possible à une personne de donner un spectacle nue en public. Que c'est là une infraction suivant les normes qui ont cours non seulement à Calgary (Alberta) mais au Canada à l'heure actuelle.

Je suis donc d'avis qu'en l'absence de pareille preuve, rien ne permettait au savant juge de la Cour provinciale de conclure qu'il devait inscrire une déclaration de culpabilité.

Le Juge Riley a annulé la déclaration de culpabilité en exprimant sa conclusion comme suit:

[TRADUCTION] Rien n'indiquait que le spectacle

*a*) était lascif d'aucune façon

*b*) avait tendance à dépraver ou corrompre,

*c*) traduisait une obsession pornographique distortionnée, avilie.

En définitive, l'appel est acceilli et la déclaration de culpabilité est cassée.

Sur l'appel interjeté par la Couronne à la Division d'appel, le Juge d'appel McDermid a été d'avis que la déclaration de culpabilité prononcée par le juge de la Cour provinciale s'expliquait du fait que le juge de la Cour provinciale s'était reporté à ce qui est maintenant l'art. 170 du *Code criminel* et qui se trouvait, à l'époque de l'infraction, au par. (1) de l'art. 159 du *Code criminel.*

L'article 170 se lit comme suit:

**170.** Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque sans excuse légitime

*a*) est nu dans un endroit public, ou

*b*) est nu et exposé à la vue du public sur une propriété privée, que la propriété soit la sienne ou non.

Le Juge d'appel McDermid a déclaré:

[TRADUCTION] Cependant, l'infraction a toujours été considérée comme se rapportant aux mœurs, et le Parlement du Canada, du fait qu'il en a fait une infraction, s'est trouvé à déclarer qu'il s'agissait d'une

way of establishing a moral standard than a declaration by the Parliament of Canada, and so the Provincial Judge was justified in accepting this as his standard in finding that the dance by the respondent in the nude was an immoral performance.

I am of the opinion that one must have regard for the arrangement of the *Criminal Code* in testing whether Parliament has, in fact, declared that dancing in the nude is an immoral performance. Both s. 163 and s. 170 of the Code as they now appear are in Part IV and the general heading in that Part is SEXUAL OFFENCES, PUBLIC MORALS AND DISORDERLY CONDUCT. There are after that general heading a series of subheadings which are not marginal notes but are indented and form part of the printing of the Code. These subheadings are as follows:

*Interpretation*
*Special Provisions*
*Sexual Offences*
*Offences Tending to Corrupt Morals*
*Disorderly Conduct*
*Nuisances*

Section 163 appears under the subheading of "Offences Tending to Corrupt Morals". Section 170, on the other hand, appears under the subheading "Disorderly Conduct".

The predecessor of s. 170 was added (as s. 205A) to the *Criminal Code* by the provisions of 1931, c. 28, s. 2, and reads as follows:

**205**A. (1) Every one is guilty of an offence and liable upon summary conviction to three years' imprisonment who, while nude,

(*a*) is found in any public place whether alone or in company with one or more other persons who are parading or have assembled with intent to parade or have paraded in such public place while nude, or

(*b*) is found in any public place whether alone or in company with one or more other persons, or

(*c*) is found without lawful excuse for being nude upon any private property not his own, so as to be exposed to the public view, whether alone or in company with other persons, or

violation d'une norme morale au Canada. Nous ne connaissons pas de meilleure façon d'établir une norme morale que par une déclaration du Parlement du Canada, et le juge provincial était fondé à accepter celle-ci comme critère en concluant que la danse exécutée nue par l'intimée était un spectacle immoral.

Je suis d'avis qu'il faut tenir compte de l'arrangement des dispositions du Code criminel pour déterminer si le Parlement a, en fait, déclaré que danser nu est un spectacle immoral. Les articles 163 et 170 du Code figurent tous deux actuellement dans la Partie IV et cette Partie s'intitule INFRACTIONS D'ORDRE SEXUEL, ACTES CONTRAIRES AUX BONNES MŒURS, INCONDUITE. Cet intitulé général est suivi d'une série de sous-titres qui ne sont pas des notes marginales mais qui se trouvent et qui font partie de l'impression du Code. Ces sous-titres sont les suivants:

*Interprétation*
*Dispositions spéciales*
*Infractions d'ordre sexuel*
*Infractions tendant à corrompre les mœurs*
*Inconduite*
*Nuisances*

L'article 163 figure sous le sous-titre «Infractions tendant à corrompre les mœurs». D'autre part, l'article 170 figure sous le sous-titre «Inconduite».

L'article qui a précédé l'art. 170 a été ajouté (comme art. 205 A) au *Code criminel* par les dispositions des Statuts du Canada, 1931, c. 28, art. 2, et il se lit comme suit:

**205**A. (1) Est coupable d'une infraction et passible, après déclaration sommaire de culpabilité, de trois ans d'emprisonnement, quiconque, dans un état de nudité,

*a*) est trouvé dans un endroit public seul ou en compagnie d'une ou plusieurs autres personnes qui paradent ou se sont rassemblées avec l'intention de parader, ou ont paradé nues dans cet endroit public, ou

*b*) est trouvé dans un endroit public seul ou en compagnie d'une ou plusieurs autres personnes, ou

*c*) est trouvé sans excuse valable d'être nu sur une propriété privée autre que la sienne, de manière à être exposé à la vue publique, seul ou en compagnie d'autres personnes, ou

(*d*) appears upon his own property so as to be exposed to the public view, whether alone or in company with other persons.

For the purposes of this subsection any one shall be deemed to be nude who is so scantily clad as to offend against public decency or order.

(2) No action or prosecution for a violation of this section shall be commenced without the leave of the Attorney General for the province in which the offence is alleged to have been committed.

Section 205 of R.S.C. 1927, c. 36, dealt with the offence now described in s. 169 of the *Criminal Code*. A reading of the original subsection indicates that it is properly placed under the subheading dealing with disorderly conduct and supports the contention made by counsel for the appellant that the section was originally aimed at such conduct as was exhibited not infrequently by members of a certain radical religious sect. It was the effect on the public peace of such exhibitions which Parliament aimed to control and prevent by the provisions of what is now s. 170 of the *Criminal Code* and Parliament there was not dealing with immorality at all.

With respect, therefore, I am of the opinion that McDermid J.A. was in error when he turned to s. 170 of the *Criminal Code* to ascertain the standard of morals and that the position upon the prosecution is exactly what it was at the end of the trial before the Provincial Court Judge, *i.e.*, that the Crown had charged that the accused had performed an immoral performance and it had utterly failed to prove that the performance was immoral.

I, therefore, would allow the appeal and restore the order of Riley J. quashing the conviction.

*Appeal allowed,* FAUTEUX C.J. *and* MARTLAND *and* PIGEON JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Macdonald & Macdonald, Calgary.*

*Solicitor for the respondent, S. G. Fowler, Calgary.*

*d*) se montre sur sa propriété de manière à être exposé à la vue publique, seul ou en compagnie d'autres personnes.

Pour les fins du présent paragraphe, est censé être nu quiconque est si peu vêtu qu'il porte atteinte à la décence ou à l'ordre public.

(2) Aucune action ou poursuite pour violation du présent article ne doit être instituée sans l'autorisation du procureur général de la province où il est allégué que l'infraction a été commise.

L'article 205 des Statuts Revisés du Canada de 1927, c. 36, traitait de l'infraction qui est maintenant décrite à l'article 169 du Code criminel. Une lecture du paragraphe originel nous indique qu'il se trouve justement placé sous le sous-titre concernant l'inconduite et cela appuie la prétention de l'avocat de l'appelante selon laquelle l'article visait originellement une conduite comme celle qu'affichaient fréquemment les membres d'une certaine secte religieuse radicale. C'est l'effet sur la paix publique de pareilles manifestations que le Parlement désirait contrôler et prévenir par les dispositions de ce qui est maintenant l'art. 170 du *Code criminel* et le Parlement ne traitait nullement alors d'immoralité.

Avec respect, je suis d'avis, par conséquent, que le Juge d'appel McDermid a commis une erreur lorsqu'il s'est appuyé sur l'art. 170 du *Code criminel* pour déterminer la norme de moralité, et que la situation régissant la poursuite est exactement ce qu'elle était à la fin du procès tenu devant le juge de la Cour provinciale, soit: la Couronne a accusé l'inculpée d'avoir donné un spectacle immoral et n'a pas du tout prouvé que ce spectacle était immoral.

Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir l'ordonnance du Juge Riley cassant la déclaration de culpabilité.

*Appel accueilli, le Juge en chef* FAUTEUX *et les Juges* MARTLAND *et* PIGEON *étant dissidents.*

*Procureurs de l'appelante, Macdonald & Macdonald, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: S. G. Fowler, Calgary.*

**Leonard C. Jones** *Appellant*;

and

**The Attorney General of New Brunswick** *Respondent*;

and

**The Attorney General of Canada**

and

**The Attorney General of Quebec** *Intervenants.*

1974: February 11, 12, 13; 1974: April 2.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

*Constitutional Law—Validity of Legislation—Official languages—Competence of Parliament—Competence of provincial legislatures—Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, ss. 11(1), (3), (4)—The Official Languages of New Brunswick Act, 1969 (N.B.), c. 14, s. 14—The Evidence Act, R.S.N.B. 1952, c. 74, s. 23C—The British North America Act, 1867, ss. 91, 101, 133.*

A Reference was made by the Lieutenant Governor of New Brunswick, in Council, to the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division, of five questions of law dealing with the validity and effect of official languages legislation enacted by the Parliament of Canada and by the provincial Legislature. Leonard C. Jones was declared to be a person entitled to be heard on the Reference and was joined as a party. The matter comes to this Court by way of appeal by Jones and cross appeal by the Attorney General of New Brunswick. The Attorneys General of Canada and Quebec intervened in support of the respondent.

*Held:* The appeal should be dismissed and the cross appeal should be allowed.

Subsections (1), (3) and (4) of s.11 of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2 are within the legislative competence of the Parliament of Canada under s. 91 of the *British North America Act*, 1867, which provides that Parliament can "make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all matters not coming within the

**Leonard C. Jones** *Appelant*;

et

**Le Procureur Général du Nouveau-Brunswick** *Intimé*;

et

**Le Procureur Général du Canada**

et

**Le Procureur Général de la Province de Québec** *Intervenants.*

1974: les 11, 12, et 13 février; 1974: le 2 avril.

Présents: le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Droit constitutionnel—Validité des lois—Langues officielles—Compétence du Parlement—Compétence des législatures provinciales—Loi sur les langues officielles, R.S.C. 1970, c. O-2, art. 11(1), (3), (4)—Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, 1969 (N.-B.), c. 14, art. 14—The Evidence Act, R.S.N.B. 1952, c. 74, art. 23C—L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1868, art. 91, 101, 133.*

Un renvoi a été fait par le lieutenant-gouverneur en conseil du Nouveau-Brunswick déférant à la division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick cinq questions de droit traitant de la validité et de l'effet des lois sur les langues officielles adoptées par le Parlement du Canada et par la Législature provinciale. Leonard C. Jones a été déclaré être une personne ayant le droit d'être entendu et il a été joint comme partie. L'affaire est devant cette Cour en raison du pourvoi de Jones et du pourvoi incident du Procureur général du Nouveau-Brunswick. Les procureurs généraux du Canada et du Québec sont intervenus pour appuyer l'intimé.

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté et le pourvoi incident accueilli.

Les par. (1), (3) et (4) de l'art. 11 de la *Loi sur les langues officielles*, R.S.C. 1970, c. O-2 sont de la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, qui énonce que le Parlement peut «faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières

Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; . . .". Section 91, particularly s.91(27) which gives Parliament jurisdiction in relation to criminal law and criminal procedure, and s. 101 of the *British North America Act*, 1867, which empowers Parliament to establish Federal Courts, give to Parliament the power to enact ss. 11(1), (3) and (4) which are valid Federal legislation.

Section 23C of *The Evidence Act*, R.S.N.B. 1952, c. 74, is within the legislative competence of the Legislature of New Brunswick. In the absence of federal legislation dealing with the language of proceedings or matters which fall within exclusive federal legislative authority, it was open to the provincial legislature to legislate as to the languages which might be used in courts established by the provincial legislature. For the same reason s. 14 of *The Official Languages of New Brunswick Act*, 1969 (N.B.), c. 14 is valid.

Section 23C of *The Evidence Act*, R.S.N.B. 1952, c. 74 being valid has the effect of making ss. 11(1) and (3) of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, operative in New Brunswick. The fact that s. 23C refers to "any language" rather than "English and French" does not alter the position. That it is a provincial law which confers a discretion on the judges of the courts of a province "as to the language in which . . . proceedings may be conducted . . ." is sufficient to render ss.11(1) and (3) operative in that province.

*Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of B.C.*, [1959] S.C.R. 497; *In re Vancini* (1904), 34 S.C.R. 621; *Murphy v. C.P.R.*, [1958] S.C.R. 626; *Whiteman v. Sadler*, [1910] A.C. 514; *Regina v. Murphy, ex parte Belisle and Moreau* (1968), 69 D.L.R. (2d) 530; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, referred to.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division[1] on a Reference by the Lieutenant Governor in Council of New Brunswick. Appeal dismissed, cross-appeal allowed with no

[1] (1972), 5 N.B.R. (2d) 653, *sub nom. Reference re Official Languages Act and the Official Languages of New Brunswick Act.*

ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces; . . .». L'art. 91, et particulièrement le par. 27 de l'art. 91 qui donne au Parlement compétence en matière de droit et de procédure criminels, et l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, qui confère au Parlement le pouvoir d'établir des tribunaux fédéraux, donnent au Parlement le pouvoir d'adopter les par. (1), (3) et (4) qui sont des textes législatifs fédéraux valides.

L'art. 23C du *Evidence Act*, R.S.N.B. 1952, c. 74, est de la compétence législative de la Législature du Nouveau-Brunswick. En l'absence d'une législation fédérale qui traite de la langue des procédures ou autres matières relevant de l'autorité législative exclusive du parlement fédéral, il était permis à la Législature du Nouveau-Brunswick de légiférer sur les langues qui pourraient être employées devant les tribunaux établis par la Législature provinciale. Pour le même motif, l'art. 14 de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, 1969 (N.-B.), c. 14 est valide.

L'art. 23C du *Evidence Act*, R.S.N.B. 1952, c. 74 étant valide, il a pour effet de rendre en vigueur au Nouveau-Brunswick les par. (1) et (3) de l'art. 1 de la *Loi sur les langues officielles*, R.S.C. 1970, c. O-2. Le fait que l'art. 23C emploie les termes «une langue quelconque» plutôt que les termes «anglais et français» ne change pas la position; le fait qu'il s'agit d'une loi provinciale qui confère aux juges des tribunaux d'une province la liberté de choisir «la langue dans laquelle . . . les procédures peuvent être conduites . . .» est suffisant pour rendre en vigueur les par. (1) et (3) de l'art. 11 dans cette province.

Arrêts mentionnés: *Lord's Day Alliance of Canada c. Le Procureur général de la C.-B.*, [1959] R.C.S. 497; *In re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621; *Murphy c. C.P.R.*, [1958] R.C.S. 626; *Whiteman v. Sadler*, [1910] A.C. 514; *Regina v. Murphy, ex parte Belisle and Moreau* (1968), 69 D.L.R. (2d) 530; *McKay c. La Reine*, [1965] R.C.S. 798.

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel[1] de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick sur un renvoi par le lieutenant-gouverneur en conseil du Nouveau-Brunswick. Pourvoi rejeté, pourvoi

[1] (1972), 5 N.B.R. (2d) 653, *sous le nom Reference re Official Languages Act and The Official Languages of New Brunswick Act.*

order as to costs.

*J. T. Thorson, Q.C.*, and *G. I. Milton*, for the appellant.

*J. J. Robinette, Q.C.*, and *T. B. Smith, Q.C.*, for the Attorney General of Canada.

*G. F. Gregory, Q.C.*, and *S. J. Savoie*, for the Attorney General of New Brunswick.

*Jean Leahy, Q.C.*, *Ross Goodwin*, and *Gilles Tremblay*, for the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal and cross-appeal arise out of a reference by the Lieutenant-Governor in Council of New Brunswick of five questions to the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division, pursuant to Order in Council 72-536, dated July 19, 1972, made under s. 24A of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1952, c. 120 as amended. By an order of September 12, 1972, the appellant Jones was declared to be a person entitled to be heard on the Reference and he was joined as a party thereto.

The questions that were referred for answer were as follows:

1. Are subsections (1), (3) and (4) of section 11 of the Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, within the legislative competence of the Parliament of Canada, in so far as they purport to be applicable to proceedings in criminal matters in courts of criminal jurisdiction in the Province of New Brunswick?

2. Is section 23C of the Evidence Act, R.S.N.B. 1952, c. 74, within the legislative competence of the Legislature of New Brunswick?

3. Is section 14 of the Official Languages of New Brunswick Act, S.N.B. 1969, c. 14, within the legislative competence of the Legislature of New Brunswick?

4. If subsections (3) and (4) of section 11 of the Official Languages Act and section 23C of the Evidence Act are intra vires the Parliament of Canada and the Legislature of New Brunswick, respectively, does section 23C of the Evidence Act have the effect of making subsections (1) and (3) of section 11 of the Official Languages Act operative in New Brunswick?

incident accueilli sans adjudication de dépens.

*J. T. Thorson, c.r.*, et *G. I. Milton*, pour l'appelant.

*J. J. Robinette, c.r.*, et *T. B. Smith, c.r.*, pour le Procureur général du Canada.

*G. F. Gregory, c.r.*, et *S. J. Savoie*, pour le Procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Jean Leahy, c.r.*, *Ross Goodwin*, et *Gilles Tremblay*, pour le Procureur général du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le pourvoi et le pourvoi incident découlent d'un renvoi du Lieutenant-gouverneur en conseil du Nouveau-Brunswick déférant cinq questions à la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick en application du décret en conseil 72-536 du 19 juillet 1972 adopté en vertu de l'art. 24A du *Judicature Act.*, R.S.N.B. 1952, c. 120 et ses modifications. Par une ordonnance du 12 septembre 1972, l'appelant Jones fut déclaré être une personne ayant le droit d'être entendue sur le renvoi et il fut joint aux procédures comme partie.

Les questions déférées pour réponse sont les suivantes:

[TRADUCTION] 1. Les paragraphes (1), (3) et (4) de l'article 11 de la *Loi sur les langues officielles*, R.S.C. 1970, c. O-2, sont-ils de la compétence législative du Parlement du Canada, dans la mesure où ils sont apparemment applicables aux procédures pénales devant les tribunaux de juridiction pénale dans la province du Nouveau-Brunswick?

2. L'article 23C du *Evidence Act*, R.S.N.B. 1952, c. 74, est-il de la compétence législative de la législature du Nouveau-Brunswick?

3. L'article 14 de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, S.N.B 1969, c. 14, est-il de la compétence législative de la législature du Nouveau-Brunswick?

4. Si les paragraphes (3) et (4) de l'article 11 de la *Loi sur les langues officielles* et l'article 23C du *Evidence Act* sont *intra vires* des pouvoirs du Parlement du Canada et de la législature du Nouveau-Brunswick, respectivement, l'article 23C du *Evidence Act* a-t-il pour effet de rendre en vigueur au Nouveau-Brunswick les paragraphes (1) et (3) de l'article 11 de la *Loi sur les langues officielles*?

5. If question 4 is answered in the negative and section 14 of the Official Languages of New Brunswick Act is intra vires the Legislature of New Brunswick, will section 14 of the said Act, when proclaimed, have the effect of making subsections (1) and (3) of section 11 of the Official Languages Act operative in New Brunswick?

The three members of the Court who considered the questions (Hughes C.J.N.B., Limerick and Bugold JJ.A.) were unanimous in answering the first three questions in the affirmative. Chief Justice Hughes, in dissent from the other members of the Court, answered question 4 as follows:

> Section 23C of the Evidence Act has the effect of making subsection (3) of section 11 of the Official Languages Act operative in New Brunswick. Subsection (1) of section 11 of the Act became operative when the Act became law.

In view of this answer, he found it unnecessary to answer question 5. Limerick and Bugold JJ.A. answered question 4 in the negative and question 5 in the affirmative.

The appellant Jones asks this Court to answer the first three questions in the negative, and asks also, if his submissions thereon be accepted, that no answers be given to questions 4 and 5. The Attorney General of New Brunswick cross-appeals in respect of the answer to question 4, submitting that it should be that given by Chief Justice Hughes. The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec intervened, as permitted by order of Chief Justice Fauteux, and were represented by counsel who supported the position of the Attorney General of New Brunswick.

It will be convenient to set out at this point the legislative provisions which were the subject of the questions referred for determination. Section 11(1), (3) and (4) of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2 reads as follows:

5. Advenant que l'on réponde négativement à la quatrième question et que l'article 14 de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* soit *intra vires* des pouvoirs de la législature du Nouveau-Brunswick, l'article 14 de ladite Loi aura-t-il pour effet, quand il sera proclamé en vigueur, de rendre en vigueur au Nouveau-Brunswick les paragraphes (1) et (3) de l'article 11 de la *Loi sur les langues officielles*?

Les trois juges de la Division d'appel qui ont étudié les questions déférées (M. le Juge en chef Hughes, juge en chef du Nouveau-Brunswick, et MM. les Juges Limerick et Bugold) ont été unanimes à donner une réponse affirmative aux trois premières questions. M. le Juge en chef Hughes a donné à la question 4 une réponse dissidente, comme suit:

> [TRADUCTION] L'article 23C du *Evidence Act* a pour effet de rendre en vigueur au Nouveau-Brunswick le paragraphe (3) de l'article 11 de la *Loi sur les langues officielles*. Le paragraphe (1) de l'article 11 de la Loi est entré en vigueur lorsque la Loi a pris effet.

Etant donné cette réponse, il a jugé inutile de répondre à la question 5. MM. les Juges d'appel Limerick et Bugold ont répondu non à la question 4 et oui à la question 5.

L'appelant Jones demande à cette Cour de répondre non aux trois premières questions, et il demande aussi, si ses prétentions sont acceptées, qu'on ne réponde pas aux questions 4 et 5. Le Procureur général du Nouveau-Brunswick interjette un pourvoi incident relativement à la réponse à la question 4, faisant valoir que cette réponse doit être celle du Juge en chef Hughes. Le Procureur général du Canada et le Procureur général de la province de Québec sont intervenus avec l'autorisation du Juge en chef Fauteux et ils se sont fait représenter par des avocats qui ont appuyé la position adoptée par le Procureur général du Nouveau-Brunswick.

Il est utile à ce stade de reproduire les dispositions législatives qui ont fait l'objet des questions déférées pour décision. L'article 11, par. (1), (3) et (4), de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. O-2, se lit comme suit:

**11.** (1) Every judicial or quasi-judicial body established by or pursuant to an Act of the Parliament of Canada has, in any proceedings brought or taken before it, and every court in Canada has, in exercising in any proceedings in a criminal matter any criminal jurisdiction conferred upon it by or pursuant to an Act of the Parliament of Canada, the duty to ensure that any person giving evidence before it may be heard in the official language of his choice, and that in being so heard he will not be placed at a disadvantage by not being or being unable to be heard in the other official language.

(3) In exercising in any proceedings in a criminal matter any criminal jurisdiction conferred upon it by or pursuant to an Act of the Parliament of Canada, any court in Canada may in its discretion, at the request of the accused or any of them if there is more than one accused, and if it appears to the court that the proceedings can effectively be conducted and the evidence can effectively be given and taken wholly or mainly in one of the official languages as specified in the request, order that, subject to subsection (1), the proceedings be conducted and the evidence be given and taken in that language.

(4) Subsections (1) and (3) do not apply to any court in which, under and by virtue of section 133 of the British North America Act, 1867, either of the official languages may be used by any person, and subsection (3) does not apply to the courts of any province until such time as a discretion in those courts or in the judges thereof is provided for by law as to the language in which, for general purposes in that province, proceedings may be conducted in civil causes or matters.

Section 23C of the *Evidence Act of New Brunswick*, R.S.N.B. 1952, c. 74, as enacted by 1967, c. 37 is in these terms:

23C. In any proceeding in any court in the Province, at the request of any party, and if all the parties to the action or proceedings and their counsel have sufficient knowledge of any language, the Judge may order that the proceedings be conducted and the evidence given and taken in that language.

And s. 14 of the *Official Languages of New Brunswick Act*, 1969 (N.B.), c. 14 is as follows:

**11.** (1) Dans toutes procédures engagées devant des organismes judiciaires ou quasi-judiciaires créés en vertu d'une loi du Parlement du Canada et dans les procédures pénales où les tribunaux au Canada exercent une juridiction pénale qui leur a été conférée en vertu d'une loi du Parlement du Canada, il incombe à ces organismes et tribunaux de veiller à ce que toute personne témoignant devant eux puisse être entendue dans la langue officielle de son choix et que, ce faisant, elle ne soit pas défavorisée du fait qu'elle n'est pas entendue ou qu'elle est incapable de se faire entendre dans l'autre langue officielle.

(3) Lorsqu'il exerce, dans des procédures pénales, une juridiction pénale qui lui a été conférée en vertu d'une loi du Parlement du Canada, tout tribunal au Canada peut, à sa discrétion, sur demande de l'accusé ou, lorsqu'il y a plus d'un accusé, sur demande de l'un ou plusieurs d'entre eux, ordonner que, sous toutes réserves prévues par le paragraphe (1), les procédures soient conduites et les témoignages fournis et recueillis en la langue officielle spécifiée dans la demande s'il lui paraît que les procédures peuvent être correctement conduites et les témoignages correctement fournis et recueillis, en totalité ou en majeure partie, dans cette langue.

(4) Les paragraphes (1) et (3) ne s'appliquent pas à un tribunal devant lequel, en vertu de l'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, quiconque peut utiliser l'une ou l'autre des langues officielles, et le paragraphe (3) ne s'applique pas aux tribunaux d'une province jusqu'à ce que la loi accorde à ces tribunaux ou aux juges de ces tribunaux la liberté de choisir la langue dans laquelle, de façon générale dans cette province, les procédures peuvent être conduites en matière civile.

L'article 23C de l'*Evidence Act of New Brunswick*, R.S.N.B. 1952, c. 74, tel qu'édicté par le c. 37 des lois de 1967, est formulé en ces termes:

[TRADUCTION] 23C. Dans toutes procédures engagées devant un tribunal dans la Province, le juge peut, à la demande d'une partie, et si toutes les parties à l'action ou aux procédures, ainsi que leurs avocats, ont une connaissance suffisante d'une langue quelconque, ordonner que les procédures soient conduites et les témoignages fournis et recueillis dans cette langue.

Et l'art. 14 de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, 1969 (N.-B.), c. 14, se lit comme suit:

14. (1) Subject to section 16, in any proceeding before a court, any person appearing or giving evidence may be heard in the official language of his choice and such choice is not to place that person at any disadvantage.

(2) Subject to subsection (1), where

(*a*) requested by any party, and

(*b*) the court agrees that the proceedings can effectively be thus conducted;

the court may order that the proceedings be conducted totally or partially in one of the official languages.

Although only part of one section of the *Official Languages Act* was made the subject of the Reference, it is an integral part of that Act in advancing its overall purpose as stated in s. 2. This section reads:

The English and French languages are the official languages of Canada for all purposes of the Parliament and Government of Canada, and possess and enjoy equality of status and equal rights and privileges as to their use in all the institutions of the Parliament and Government of Canada.

This deliberate limitation of the official character of English and French to their use in the institutions of the Parliament and Government of Canada is relevant to any issue of the concurrent authority of the provincial legislatures in relation to the use of English and French in provincial governmental agencies or, indeed, in respect of activities that fall within exclusive provincial competence. In short, no question arises as to the power of the Parliament of Canada to give official status and equality to English and French throughout Canada and in respect of any operations or activities which are otherwise within exclusive provincial competence; Parliament has not attempted to go that far. Of course, the limitation expressed in s. 2 aforesaid does not relieve this Court from the duty of examining particular provisions of the *Official Languages Act* which are challenged as unconstitutional, either because they do not conform to the limitation generally expressed in s. 2 or because they are in any event beyond

14. (1) Sous réserve de l'article 16, dans toutes procédures devant un tribunal, toute personne qui comparaît ou témoigne peut être entendue dans la langue officielle de son choix et ne doit être, en fait, nullement défavorisée en raison de ce choix.

(2) Sous réserve du paragraphe (1),

*a*) lorsqu'une partie le demande; et

*b*) que le tribunal convient qu'on peut efficacement procéder ainsi;

le tribunal peut ordonner que les séances se tiennent uniquement ou partiellement dans l'une des langues officielles.

Bien qu'une partie seulement d'un article de la *Loi sur les langues officielles* fasse l'objet des questions soumises, ce n'en est pas moins une partie intégrante orientée vers le but général déclaré à l'art. 2. Ce dernier article se lit comme suit:

L'anglais et le français sont les langues officielles du Canada pour tout ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada; elles ont un statut, des droits et des privilèges égaux quand à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

Le fait qu'on ait par là délibérément limité le caractère officiel de l'anglais et du français à leur emploi dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada est pertinent à l'étude d'une question touchant les pouvoirs concurrents des législatures provinciales relativement à l'emploi de l'anglais et du français dans les organismes gouvernementaux des provinces, voire relativement à des activités relevant de la compétence exclusive des provinces. En deux mots, il n'est pas question de se demander si le Parlement du Canada a le pouvoir de doter l'anglais et le français d'un statut officiel et égal par tout le Canada et en ce qui a trait à toute opération et activité qui est par ailleurs de la compétence exclusive des provinces; le Parlement n'a pas tenté d'aller aussi loin. Bien entendu, la limitation qu'exprime l'art. 2 précité ne relève pas cette Cour de l'obligation d'examiner une à une les dispositions de la *Loi sur les langues officielles* que l'on conteste pour motif d'inconstitutionnalité soit parce qu'elles

federal legislative power.

The appellant has mounted a challenge in this last mentioned aspect on two main grounds. It was contended by his counsel that s. 133 of the *British North America Act* foreclosed the Parliament of Canada from enacting not only s. 11(1), (3) and (4) of the *Official Languages Act* but also the Act as a whole. The second main contention was that s. 91(1) of the *British North America Act,* enacted by 1949 (U.K.), c. 81, not only preserved the foreclosing effect of s. 133 but, independently, precluded Parliament from enacting the *Official Languages Act.* I reproduce s. 133 and s. 91(1) at this point before going on to consider the submissions of the various counsel on the two issues just mentioned. Section 133 reads:

Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from any or all of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

Section 91(1) is as follows:

It shall be lawful for the Queen by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next

ne se conforment pas à la limitation générale de l'art. 2 soit parce qu'à toutes fins pratiques elles débordent le cadre du pouvoir législatif fédéral.

L'appelant s'est livré à une attaque relativement à ce dernier aspect; elle repose sur deux motifs principaux. Son avocat a soutenu que l'art. 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* prive le Parlement du Canada du droit d'édicter non seulement les par. (1), (3) et (4) de l'art. 11 de la *Loi sur les langues officielles* mais aussi la Loi toute entière. La seconde prétention principale est que le par. (1) de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique,* édicté par le c. 81 des statuts du Royaume-Uni de 1949, non seulement préserve l'effet privatif de l'art. 133, mais, indépendamment de cela, empêche le Parlement d'adopter la *Loi sur les langues officielles.* Je reproduis l'art. 133 et l'art. 91, par. (1), à ce stade, avant de m'attaquer à l'examen des prétentions des avocats sur les deux points que je viens de mentionner. L'art. 133 dit:

Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité du présent acte, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les actes du Parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimés et publiés dans ces deux langues.

L'article 91, par. (1), est le suivant:

Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par le présent déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les

hereinafter enumerated; that is to say,—

1. The amendment from time to time of the Constitution of Canada, except as regards matters coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces, or as regards rights or privileges by this or any other Constitutional Act granted or secured to the Legislature or the Government of a province, or to any class of persons with respect to schools or as regards the use of the English or the French language or as regards the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year, and that no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House: provided, however, that a House of Commons may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection be continued by the Parliament of Canada if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of such House.

Apart from the effect of s. 133 and s. 91(1), to be considered later in these reasons, I am in no doubt that it was open to the Parliament of Canada to enact the *Official Languages Act* (limited as it is to the purposes of the Parliament and Government of Canada and to the institutions of that Parliament and Government) as being a law "for the peace, order and good government of Canada in relation to [a matter] not coming within the classes of subjects . . . assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces". The quoted words are in the opening paragraph of s. 91 of the *British North America Act;* and, in relying on them as constitutional support for the *Official Languages Act,* I do so on the basis of the purely residuary character of the legislative power thereby conferred. No authority need be cited for the exclusive power of the Parliament of Canada to legislate in relation to the operation and administration of the institutions and agencies of the Parliament and Government of Canada. Those institutions and agencies are clearly beyond provincial reach.

matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

1. La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le Parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le Parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

Indépendamment de l'effet des art. 133 et 91, par. (1), que j'examinerai plus loin dans mes motifs, je ne doute aucunement qu'il était loisible au Parlement du Canada d'édicter la *Loi sur les langues officielles* (restreinte qu'elle est à ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada, et aux institutions de ces Parlement et gouvernement) à titre de loi «pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à [une matière] ne tombant pas dans les catégories de sujets . . . exclusivement assignés aux législatures des provinces». Les termes en question sont extraits de l'alinéa liminaire de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique;* et, en me basant sur eux comme fondement constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles,* je ne tiens compte que du caractère purement résiduaire du pouvoir législatif qu'ils confèrent. Point n'est besoin de citer de précédent à l'appui du pouvoir exclusif du Parlement du Canada de légiférer relativement au fonctionnement et à l'administration des institutions et organismes du Parlement et du gouvernement du Canada. Ces institutions et organismes sont de toute évidence hors de la portée des provinces.

In so far as s. 11(1), (3) and (4) of the *Official Languages Act* concerns the use of English and French as official languages in proceedings before judicial or quasi-judicial bodies competently established under federal authority, and in criminal proceedings before any Court in Canada whose exercise of criminal jurisdiction is competently authorized by the Parliament of Canada (these bodies and courts not being dependent institutions or agencies of Parliament or the Government of Canada), it is similarly necessary to determine whether the language provisions so made invade provincial jurisdiction. As to that, I am likewise in no doubt that it was within Parliament's authority under the opening words of s. 91, already quoted, under s. 101 of the *British North America Act*, and particularly under s. 91(27) so far as s. 11(3) of the *Official Languages Act* is concerned, to enact the challenged s. 11(1), (3) and (4). Section 101 provides as follows:

Dans la mesure où l'art. 11, par. (1), (3) et (4), de la *Loi sur les langues officielles* vise l'emploi de l'anglais et du français comme langues officielles dans les procédures engagées devant des organismes judiciaires ou quasi-judiciaires validement établis en vertu d'une autorité fédérale, et dans les procédures criminelles engagées devant tout tribunal dont l'exercice de compétence criminelle est autorisé validement par le Parlement du Canada (ces organismes et tribunaux n'étant pas des institutions et organismes relevant du Parlement ou du gouvernement du Canada), il est dans cette mesure nécessaire de déterminer si les dispositions ainsi adoptées concernant les langues violent la compétence des provinces. A ce sujet, je ne doute pas non plus qu'en vertu des premiers mots de l'art. 91, déjà cité, le Parlement avait le pouvoir, en vertu de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique,* et en particulier du par. (27) de l'art. 91 pour ce qui est du par. (3) de l'art. 11 de la *Loi sur les langues officielles,* d'édicter les par. (1), (3) et (4) contestés de l'art. 11. L'article 101 décrète que:

> The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from time to time provide for the constitution, maintenance and organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the establishment of any additional Courts for the better administration of the laws of Canada.

> Le Parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Section 91(27) specifies as among the enumerated powers vested exclusively in the Parliament of Canada:

L'art. 91, parmi les pouvoirs conférés au Parlement du Canada qu'il énumère, spécifie le suivant au par. (27):

> The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including Procedure in Criminal Matters.

> La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

One matter that was canvassed before the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division, but not before this Court was the allegation of unconstitutional delegation, said to reside in s. 11(4) of the *Official Languages Act*. I need say no more than was said on this point by Chief Justice Hughes who invoked the principle expressed in *Lord's Day Alliance of*

Une question qui fut débattue devant la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, mais non devant cette Cour, c'est l'allégation que le par. (4) de l'art. 11 de la *Loi sur les langues officielles* renferme une délégation de pouvoirs qui est inconstitutionnelle. Point n'est besoin pour moi d'ajouter à ce qu'a dit à ce sujet M. le Juge en chef Hughes, qui a

*Canada v. Attorney General of B.C.*[2], and on this basis rightly rejected the allegation.

In making a specific attack upon the validity of s. 11(3) of the *Official Languages Act*, counsel for the appellant submitted that it was colourable legislation whose purpose was to evade the constitutional limitation upon language legislation said by him to reside in s. 133 of the *British North America Act*. This is part of the overarching contention urged by the appellant against the *Official Languages Act* as a whole, but subject to the merit of that contention which I shall examine later in these reasons, I am of the opinion that the respondent and the intervenors were correct in supporting the conclusion of the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division, that s. 91(27) of the *British North America Act* provided adequate support for the enactment of s. 11(3). I point out, in addition, that it is within federal legislative competence to impose duties upon provincially-appointed judicial officers in respect of matters falling within federal legislative authority, as for example, the criminal law and its administration: see *In re Vancini*[3]. *A fortiori*, it is within federal competence to repose a discretion in such officers in relation to the administration of the federal criminal law, albeit in courts established under provincial legislation.

It was the submission of counsel for the Attorney General of Canada, which I accept, that the language in which criminal proceedings are conducted, whether documents are involved or oral conduct only or both, may be brought within the legislative authority conferred by s. 91(27) of the *British North America Act;* and so

[2] [1959] S.C.R. 497.
[3] (1904), 34 S.C.R. 621.

invoqué le principe énoncé dans l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada c. Le Procureur général de la C.-B.*[2], et, partant de là, à bon droit rejeté l'allégation.

En attaquant spécifiquement la validité du par. (3) de l'art. 11 de la *Loi sur les langues officielles*, l'avocat de l'appelant a affirmé qu'il s'agissait là d'une législation spécieuse ayant pour but d'esquiver la limitation constitutionnelle imposée à la législation sur les langues, limitation qu'il dit contenue dans l'art. 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. C'est là une partie de la prétention forcée que l'appelant a instamment avancée contre la *Loi sur les langues officielles* dans son ensemble; mais sous réserve du bien-fondé de cette prétention, que j'examinerai plus loin dans les présents motifs, je suis d'avis que l'intimé et les intervenants ont à bon droit appuyé la conclusion de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick que l'art. 91, par. (27), de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* fournit une base appropriée à l'adoption de l'art. 11, par. (3). Je signale, en outre, qu'il est de la compétence législative fédérale d'imposer à des fonctionnaires judiciaires nommés par les provinces des obligations relatives à des matières relevant de l'autorité législative fédérale comme, par exemple, le droit criminel et son administration; voir *In re Vancini*[3]. *A fortiori*, il est de la compétence fédérale d'investir semblables fonctionnaires d'un pouvoir discrétionnaire relativement à l'administration du droit criminel fédéral, même dans les tribunaux créés en vertu d'une loi provinciale.

L'avocat du Procureur général du Canada a fait valoir l'argument, que j'accepte, que la langue dans laquelle sont conduites les procédures criminelles, qu'il s'agisse de documents ou de procédures verbales seulement, ou des deux, peut être amenée sous l'autorité législative conférée par le par. (27) de l'art. 91 de l'*Acte de*

[2] [1959] R.C.S. 497.
[3] (1904), 34 R.C.S. 621.

far as s. 91(27) is alone the source of authority for the specification of language in which the criminal law is to be written or in which criminal proceedings thereunder are to be conducted, Parliament's authority is paramount.

I come now to the submissions on ss. 133 and 91(1) of the *British North America Act*. The submission as to s. 133 by counsel for the appellant is that that provision is exhaustive of constitutional authority in relation to the use of English and French, and that a constitutional amendment is necessary to support any legislation which, like the *Official Languages Act*, would go beyond it. I do not accept that submission which, in my opinion, is unsupportable under the language of s. 133, unsupportable as a matter of such history thereof as is available, and unsupportable under the scheme of distribution of legislative power as established by the *British North America Act* and as construed by the Courts over a long period of time.

I do not think that any assistance on the scope or effect of s. 133 can be obtained from such governmental documents as "A Canadian Charter of Human Rights" published in 1968, or "Federalism for the Future", also published in 1968, or the Final Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism Volume 1, "The Official Languages", published in 1967. What those documents recommend, in relation to what I may term linguistic rights and going beyond the specifications of s. 133, is constitution entrenchment, but that is hardly a support for the contention that there can be no advance upon s. 133 without constitutional amendment. Certainly, what s. 133 itself gives may not be diminished by the Parliament of Canada, but if its provisions are respected there is nothing in it or in any other parts of the *British North America Act* (reserving for later consideration s. 91(1)) that precludes the conferring of additional rights or privileges or the imposing of additional obligations respecting the use of English

*l'Amérique du Nord britannique;* et dans la mesure où le par. (27) de l'art. 91 est l'unique source de l'autorité voulue pour spécifier dans quelle langue la loi criminelle doit être écrite ou dans quelle langue les procédures en découlant doivent être conduites, l'autorité du Parlement est prépondérante.

J'arrive maintenant aux prétentions relatives à l'art. 133 et à l'art. 91, par. (1), de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. La prétention de l'avocat de l'appelant, relativement à l'art. 133, est que cette disposition épuise la compétence constitutionnelle en ce qui concerne l'emploi de l'anglais et du français et qu'un amendement constitutionnel est nécessaire pour appuyer toute législation qui, comme la *Loi sur les langues officielles*, va au-delà de cette disposition. Je ne puis accepter cette prétention, qui, à mon avis, ne peut être fondée ni sur le libellé ni sur l'histoire connue de l'art. 133, non plus que sur le partage des compétences législatives établi par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et interprété par les tribunaux depuis longtemps.

Je ne crois pas que soient d'aucune utilité, dans l'interprétation de la portée ou de l'effet de l'art. 133, des documents gouvernementaux comme «Charte canadienne des droits de l'homme», publiée en 1968, «Le Fédéralisme et l'Avenir», publié en 1968 également, ou le Volume 1 du Rapport final de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, «Les langues officielles», publié en 1967. Ce que ces documents recommandent, relativement à ce que je pourrais appeler des droits linguistiques au-delà des exigences de l'art. 133, ce sont des dispositions protégées à insérer dans la constitution, mais cela ne peut guère étayer la prétention suivant laquelle il ne pourrait y avoir de progrès au-delà de l'art. 133 sans amendement constitutionnel. À coup sûr, ce que l'art. 133 lui-même donne ne peut être enlevé par le Parlement du Canada, mais si ses dispositions sont respectées il n'y a rien dans cet article-là ou ailleurs dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (réservant pour plus

and French, if done in relation to matters within the competence of the enacting Legislature.

The words of s. 133 themselves point to its limited concern with language rights; and it is, in my view, correctly described as giving a constitutionally based right to any person to use English or French in legislative debates in the federal and Quebec Houses and in any pleading or process in or issuing from any federally established Court or any Court of Quebec, and as imposing an obligation of the use of English and French in the records and journals of the federal and Quebec legislative Houses and in the printing and publication of federal and Quebec legislation. There is no warrant for reading this provision, so limited to the federal and Quebec legislative chambers and their legislation, and to federal and Quebec Courts, as being in effect a final and legislatively unalterable determination for Canada, for Quebec and for all other Provinces, of the limits of the privileged or obligatory use of English and French in public proceedings, in public institutions and in public communications. On its face, s. 133 provides special protection in the use of English and French; there is no other provision of the *British North America Act* referable to the Parliament of Canada (apart from s. 91(1)) which deals with language as a legislative matter or otherwise. I am unable to appreciate the submission that to extend by legislation the privileged or required public use of English and French would be violative of s. 133 when there has been no interference with the special protection which it prescribes. I refer in this respect particularly to s. 11(4) of the *Official Languages Act*, already quoted.

tard l'étude du par. (1) de l'art. 91) qui empêche l'octroi de droits ou privilèges additionnels ou l'imposition d'obligations additionnelles relativement à l'usage de l'anglais et du français, si cela est fait relativement à des matières qui relèvent de la compétence de la législature légiférant en ce sens.

Les mots mêmes de l'art. 133 indiquent qu'il n'est l'expression que d'une préoccupation limitée en matière de droits linguistiques; et il a été, selon moi, décrit à bon droit comme donnant à toute personne un droit constitutionnel de se servir de l'anglais ou du français dans les débats législatifs des chambres du Parlement du Canada et de la législature de Québec et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure pardevant les tribunaux fédéraux et les tribunaux du Québec, ou émanant d'eux, et comme imposant l'obligation d'employer la langue anglaise et la langue française dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs des chambres du Parlement du Canada et de la législature de Québec ainsi que dans l'impression et la publication des lois du Parlement du Canada et de la législature de Québec. Rien ne permet d'interpréter cette disposition, dont la portée est limitée ainsi aux chambres du Parlement du Canada et de la législature du Québec et à leurs lois ainsi qu'aux tribunaux fédéraux et aux tribunaux du Québec, comme fixant en définitive pour le Canada, le Québec et toutes les autres provinces, de façon finale et législativement inaltérable, les limites de l'usage privilégié ou obligatoire du français et de l'anglais dans les procédures, institutions et communications publiques. Textuellement, l'art. 133 prévoit une protection spéciale de l'usage de l'anglais et du français; il n'y a, dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, aucune autre disposition se rapportant au Parlement du Canada (le par. (1) de l'art. 91 mis à part) qui traite de la langue comme matière législative ou autre chose. Je suis incapable de comprendre la prétention selon laquelle l'extension législative de l'usage public, privilégié ou requis, de l'anglais et du français serait une violation de l'art. 133 lorsqu'elle ne va pas à l'encontre de la protection spéciale que l'article prescrit. À cet égard, je me réfère particulièrement au par. (4) de l'art. 11 de la *Loi sur les langues officielles*, déjà cité.

History does not support the appellant's contention. I need go back no farther than s. 41 of the *Act of Union*, 1840 (U.K.), c. 35 which reads as follows:

And be it enacted that from and after the said Re-union of the said Two Provinces, all Writs, Proclamations, Instruments for summoning and calling together the Legislative Council and Legislative Assembly of the Province of Canada and for proroguing and dissolving the same, and all Writs of Summons and Election, and all Writs and public Instruments whatsoever relating to the said Legislative Council and Legislative Assembly or either of them, and all Returns to such Writs and Instruments, and all Journals, entries, and written or printed Proceedings of what Nature soever of the said Legislative Council and Legislative Assembly and each of them respectively, and all written or printed Proceedings and Reports of Committees of the said Legislative Council and Legislative Assembly respectively, shall be in the English language only: Provided always, that this Enactment shall not be construed to prevent translated copies of any such Documents being made, but no such Copy shall be kept among the Records of the Legislative Council or Legislative Assembly, or be deemed in any Case to have the Force of an original Record.

This provision for the use of English only was repealed by 1848 (U.K.), c. 56, and judicial notice may be taken of the fact that following that repeal statutes of the Province of Canada were enacted in both English and French.

Among the Quebec Resolutions that were approved at the Conference in 1864, which was a prelude to Confederation in 1867, was Resolution 46, which became Resolution 45 at the London (Westminster Palace Hotel) Conference in 1866. It was as follows:

Both the English and French Languages may be employed in the general Parliament and in its proceedings and in the local Legislature of Lower Canada, and also in the Federal courts and in the courts of Lower Canada.

As it emerged in s. 133, this Resolution had an obligatory aspect added to its provision for the

L'histoire n'appuie pas la prétention de l'appelant. Je n'ai pas à remonter plus loin que l'art. 41 de l'*Acte d'Union*, 1840 (Royaume-Uni), c. 35, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION DES S.R.C. 1970] Et qu'il soit statué, que depuis et après la Réunion des dites deux Provinces, tous Brefs, Proclamations, Instruments pour mander et convoquer le Conseil Législatif et l'Assemblée Législative de la Province du Canada, et pour les proroger et les dissoudre, et tous les Brefs pour les élections et tous Brefs et Instruments publics quelconques ayant rapport au Conseil Législatif et à l'Assemblée Législative ou à aucun de ces corps, et tous Rapports à tels Brefs et Instruments, et tous journaux, entrées et procédés écrits ou imprimés, de toute nature, du Conseil Législatif et de l'Assemblée Législative, et d'aucun de ces corps respectivement, et tous procédés écrits ou imprimés et Rapports de Comités du dit Conseil Législatif et de la dite Assemblée Législative, respectivement, ne seront que dans la langue Anglaise: Pourvu toujours, que la présente disposition ne s'entendra pas empêcher que des copies traduites d'aucuns tels documents ne soient faites, mais aucune telle copie ne sera gardée parmi les Records du Conseil Législatif ou de l'Assemblée Législative, ni ne sera censée avoir en aucun cas l'authenticité d'un Record Original.

Cette disposition prévoyant l'usage de l'anglais seulement fut abrogée par le c. 56 des lois du Royaume-Uni de 1848 et nous pouvons prendre connaissance d'office de ce qu'après cette abrogation, les statuts de la Province du Canada furent édictés en anglais et en français.

Parmi les Résolutions de Québec qui furent approuvées à la Conférence de 1864, laquelle fut un prélude à la Confédération de 1867, on note la Résolution 46, qui devint la Résolution 45 à la Conférence de Londres (Westminster Palace Hotel) de 1866. Elle se lisait comme suit:

Les langues anglaise et française pourront être simultanément employées dans les délibérations du Parlement fédéral ainsi que dans la législature du Bas-Canada, et aussi dans les cours fédérales et les cours du Bas-Canada.

Quand elle devint l'art. 133, un aspect obligatoire était venu s'ajouter à sa disposition tou-

use of English or French. In establishing equality of use of the two languages, s. 133 did so in relation to certain proceedings of a public character in specified legislative operations and in specified Courts, but it went no farther.

I am unable to agree that an implicit constitutional limitation must be read into the *British North America Act* as a deduction from the enactment of s. 133. This is the burden of the appellant's submission and, in my opinion, it runs counter to the principle of exhaustiveness which the Courts have ascribed to the distribution of legislative power under the *British North America Act*.

That principle was stated by the late Mr. Justice Rand in *Murphy v. C.P.R.*[4], at p. 643, as follows:

> It has become a truism that the totality of effective legislative power is conferred by the Act of 1867, subject always to the express or necessarily implied limitations of the Act itself.

Section 91(1) aside, there are no express limitations on federal legislative authority to add to the range of privileged or obligatory use of English and French in institutions or activities that are subject to federal legislative control. Necessary implication of a limitation is likewise absent because there would be nothing inconsistent or incompatible with s. 133, as it relates to the Parliament of Canada and to federal Courts, if the position of the two languages was enhanced beyond their privileged and obligatory use under s. 133. It is one thing for Parliament to lessen the protection given by s. 133; that would require a constitutional amendment. It is a different thing to extend that protection beyond its present limits.

Heavy reliance was placed by the appellant upon the canon of interpretation expressed in the maxim *expressio unius est exclusio alterius*. This maxim provides at the most merely a guide

[4] [1958] S.C.R. 626.

chant l'usage de l'anglais ou du français. Pour établir l'égalité de l'usage des deux langues, l'art. 133 vise certains actes de caractère public dans des activités législatives déterminées et devant des tribunaux déterminés, mais il ne va pas plus loin.

Je ne puis accepter qu'on doive inférer de l'adoption de l'art. 133 une limitation constitutionnelle implicite dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. C'est là l'argument principal de l'appelant et, à mon avis, il va à l'encontre du principe du caractère exhaustif que les tribunaux ont reconnu au partage des compétences législatives que prévoit l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Ce principe a été énoncé par feu le Juge Rand dans *Murphy c. C.P.R.*[4] à la p. 643, de la façon suivante:

> [TRADUCTION] C'est maintenant un truisme, la totalité du pouvoir législatif effectif est conférée par l'Acte de 1867, sous réserve toujours des limitations expresses ou nécessairement implicites qui se trouvent dans l'Acte lui-même.

Le par. (1) de l'art. 91 mis à part, il n'y a aucune limitation expresse du pouvoir législatif du gouvernement fédéral d'étendre le champ de l'emploi privilégié ou obligatoire de l'anglais et du français dans les institutions ou les activités qui relèvent du contrôle législatif fédéral. Il ne s'y trouve non plus aucune limitation nécessairement implicite puisqu'il n'y a rien d'inconciliable ou d'incompatible avec l'art. 133, dans son rapport avec le Parlement du Canada et les tribunaux fédéraux, à améliorer la situation des deux langues au-delà de leur emploi privilégié ou obligatoire prévu à l'art. 133. La diminution par le Parlement de la protection donnée par l'art. 133 est une chose; cela requiert un amendement constitutionnel. C'est toute autre chose que d'étendre cette protection au-delà de ses limites actuelles.

L'appelant s'est fortement appuyé sur la règle d'interprétation exprimée dans la maxime *expressio unius est exclusio alterius*. Cette maxime fournit tout au plus un guide d'interpré-

[4] [1958] R.C.S. 626.

to interpretation; it does not pre-ordain conclusions. I find it inapt as a measure of what s. 133 embraces; indeed, it serves no purpose to that end. There is no attempt in the present case to bring something within s. 133 which is not expressly there; there is no attempt here to add to the constitutional reach of s. 133. It stands unimpeached, and it is rather outside of it, and under the grants of legislative power which leave it untouched, that Parliament has acted. Lord Dunedin's statement in *Whiteman v. Sadler*[5], at p. 527 (which the appellant invoked) that "it seems to me that express enactment shuts the door to further implication. '*Expressio unius est exclusio alterius*' " is a conclusion upon his construction of a particular section of a statute. It does not assist in the present case.

tation, elle n'impose point les conclusions à tirer. Je la considère inappropriée pour évaluer ce qu'englobe l'art. 133; en effet, elle n'est d'aucune utilité à cette fin. On ne cherche pas dans la présente affaire à faire entrer dans l'art. 133 quelque chose qui n'y est pas expressément inclus; on ne cherche pas ici à ajouter à la portée constitutionnelle de l'art. 133. Celui-ci demeure incontesté, et c'est plutôt à l'extérieur de cet article, et en vertu des attributions de pouvoir législatif qui le laissent intouché, que le Parlement a agi. L'énoncé de Lord Dunedin (invoqué par l'appelant) dans l'arrêt *Whiteman v. Sadler*[5], à la p. 527, savoir, [TRADUCTION] «il m'apparaît que l'adoption d'un texte législatif explicite exclut la possibilité de continuer à procéder par déduction: «*Expressio unius est exclusio alterius*» », n'est qu'une conclusion fondée sur l'interprétation qu'il a donnée à un certain article d'une loi. Il n'est d'aucune utilité dans la présente affaire.

It remains to consider the effect of s. 91(1) of the *British North America Act* which confers legislative power upon Parliament in relation to "the amendment from time to time of the Constitution of Canada" except, *inter alia*, "as regards the use of the English or French language". The contention of the appellant is that this exception was designed not only to maintain the integrity of s. 133 but went beyond it to enlarge the limitations thereof by embracing any use of the English or French language beyond what s. 133 itself prescribed. This contention would turn the exception from a grant of a new power under s. 91(1) into a general substantive limitation unrelated to that power, and it is untenable. I am not called upon here to state exhaustively what is comprehended within the phrase in s. 91(1) "the Constitution of Canada". It certainly includes the *British North America Act*, 1867 and its amendments, and hence includes s. 133. What is excepted from Parliament's amending power under s. 91(1) includes an exception as regards the use of the English or French language. Parliament is forbidden to amend the Constitution of Canada as regards

Reste à considérer l'effet du par. (1) de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, qui confère au Parlement le pouvoir de légiférer relativement à «la modification, de temps à autre, de la constitution du Canada» sauf, entre autres choses, «en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français». L'appelant soutient que cette exception est non seulement destinée à maintenir l'intégrité de l'art. 133 mais va beaucoup plus loin et en accroît les limitations en englobant tout emploi des langues anglaise ou française qui n'est pas visé par les termes de l'art. 133 lui-même. Cette prétention a pour effet de transformer l'exception apportée à l'octroi d'un nouveau pouvoir sous le régime du par. (1) de l'art. 91, en une limitation de fond de caractère général n'ayant aucun rapport avec ce pouvoir, et elle est insoutenable. Je n'ai pas ici à énoncer de façon exhaustive ce que comprend, au par. (1) de l'art. 91, l'expression «la constitution du Canada». Elle comprend certainement l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, et ses modifications, et par conséquent l'art. 133. Dans ce qui est excepté du pouvoir de modification par le Parlement prévu au par. (1)

[5] [1910] A.C. 514.

[5] [1910] A.C. 514.

the use of either of the languages, and s. 91(1) therefore points to the provisions of the Constitition dealing therewith, and thus to s. 133. See Scott, "*The British North America (No. 2) Act, 1949*" (1950), 8 Univ. of Tor. LJ. 201, at p. 205.

I turn finally to the answers that I would give to the questions referred to the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division. For the reasons I have already given, I would answer question 1 in the affirmative. Question 2, respecting the validity of s. 23C of the provincial *Evidence Act* should also be answered in the affirmative. In my view, in the absence of federal legislation competently dealing with the language of proceedings or matters before provincial Courts which fall within exclusive federal legislative authority, it was open to the Legislature of New Brunswick to legislate respecting the languages in which proceedings in Courts established by that Legislature might be conducted. This includes the languages in which evidence in those Courts may be given. Section 92(14) of the *British North America Act,* 1867 is ample authority for such legislation. For the same reason, I would answer question 3, respecting the validity of s. 14 of the *Official Languages of New Brunswick Act,* in the affirmative.

In *Regina v. Murphy, ex parte Belisle and Moreau*[6], the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division, held that s. 23C could not have any application to criminal proceedings in a provincial Court, in the absence of federal legislation making it applicable. The holding was that it could not apply of its own force despite its general wording ("In any proceeding in any Court in the Province"), and was not made applicable by s. 36 of the *Canada Evidence Act,* R.S.C. 1952, c. 307 because it was not a law of

[6] (1968), 69 D.L.R.(2d) 530.

de l'art. 91, il y a l'emploi de l'anglais et du français. Le Parlement se voit interdire de modifier la constitution du Canada en ce qui regarde l'emploi de l'une ou l'autre de ces langues, et par conséquent le par. (1) de l'art. 91 contient une allusion aux dispositions de la constitution qui en traitent, et donc à l'art. 133: voir Scott, «*The British North America (No. 2) Act, 1949*» (1950), 8 Univ. of Tor. L.J. 201, à la p. 205.

Je passe finalement aux réponses que je veux donner aux questions déférées à la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick. Pour les raisons que j'ai déjà mentionnées, je suis d'avis de donner une réponse affirmative à la question 1. La question 2, relative à la validité de l'art. 23C du *Evidence Act* provincial, doit aussi recevoir une réponse affirmative. À mon avis, en l'absence d'une législation fédérale qui traite validement de la langue des procédures ou autres matières portées devant les tribunaux provinciaux et relevant de l'autorité législative exclusive du parlement fédéral, il est permis à la législature du Nouveau-Brunswick de légiférer à l'égard des langues dans lesquelles on peut conduire les procédures devant les tribunaux établis par cette législature. Ceci comprend les langues qu'on peut utiliser pour témoigner devant ces tribunaux. Le par. (14) de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique,* 1867 est un fondement plus que suffisant pour légiférer ainsi. Pour le même motif, je réponds oui à la question 3, relative à la validité de l'art. 14 de la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick.

Dans *Regina v. Murphy, ex parte Belisle and Moreau*[6], la Division d'appel de la Cour Suprême du Nouveau-Brunswick a décidé que l'art. 23C ne pouvait s'appliquer à des procédures criminelles devant un tribunal provincial, en l'absence d'une loi fédérale la rendant applicable. Il a été décidé que cet article, nonobstant ses termes généraux («dans toutes procédures engagées devant un tribunal dans la Province») ne pouvait, de lui-même, s'appliquer, et que l'art. 36 de la *Loi sur la preuve au Canada,*

[6] (1968), 69 D.L.R. (2d) 530.

evidence within that provision. What the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division, did in effect was to limit the scope of s. 23C to civil and penal matters within provincial legislative jurisdiction, in accordance with the principle expressed by this Court in *McKay v. The Queen*[7]. I do not think that there is the same antinomy in the present case as existed in the *McKay* case; rather, the situation here is one for the application of a doctrine of concurrency of legislative authority subject to the paramountcy of federal legislation.

As to question 4, it appears to me that s. 11(1) and (3) are so intertwined that they are appropriately joined as the subject of the inquiry in the question. I do not think there is any gain of substance in the conclusion of Hughes C.J.N.B. and of Limerick J.A. that s. 11(1) of the *Official Languages Act* is not dependent under s. 11(4) upon the effectiveness of s. 23C of the provincial *Evidence Act* to activate s. 11(3), and that therefore s. 11(1) came into force when the *Official Languages Act* was proclaimed. However the matter is put, the critical point is whether s. 23C is such provincial legislation as is envisaged by s. 11(4) of the *Official Languages Act*. The majority of the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division, was of the opinion that s. 23C was too wide in its expression to satisfy s. 11(4) because it did not limit the discretion of the Court or judge to either English or French, within the purport of s. 11(4), but gave a discretion with respect to "any language". I am of the opinion that the cross-appeal of the Attorney General of New Brunswick on the negative answer to this question should succeed and that it should be answered in the affirmative.

[7] [1965] S.C.R. 798.

S.R.C. 1952, c.307, ne l'avait pas non plus rendu applicable car il n'était pas une loi sur la preuve au sens de cette disposition-là. Ce que la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a fait, en somme, a été de limiter la portée de l'art. 23C aux matières civiles et pénales relevant de la compétence législative de la province, conformément au principe énoncé par cette Cour dans *McKay c. la Reine*[7]. Je ne pense pas retrouver dans la présente affaire la même antimonie que celle qui existait dans *McKay;* la situation en l'espèce appelle plutôt l'application d'une doctrine des compétences législatives concurrentes sous réserve de prépondérance des lois fédérales.

Quant à la question 4, il m'apparaît que les par. (1) et (3) de l'art. 11 sont tellement interdépendants que c'est à juste titre qu'ils sont réunis comme objet d'étude dans cette question. A mon avis, la conclusion du Juge en chef Hughes du Nouveau-Brunswick, et du Juge d'appel Limerick, selon laquelle le par. (1) de l'art. 11 de la *Loi sur les langues officielles* n'est pas subordonné, sous le régime du par. (4) de cet article, à la question de savoir si l'art. 23C du *Evidence Act* provincial peut efficacement faire entrer en action le par. (3) de cet art. 11, et selon laquelle, par conséquent, le par. (1) de l'art. 11 est entré en vigueur lorsque la *Loi sur les langues officielles* a été proclamée, n'apporte rien de bien substantiel. De quelque façon que la question soit posée, le point important est de savoir si l'art. 23C est une de ces lois provinciales qu'envisage le par. (4) de l'art. 11 de la *Loi sur les langues officielles.* L'opinion de la majorité de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a été que l'art. 23C est trop général dans son énoncé pour répondre aux exigences du par. (4) de l'art. 11 parce qu'il ne limite pas la discrétion du tribunal ou du juge à l'anglais ou au français, contrairement à ce qui est censément l'objet du par (4) de l'art. 11, mais donne un choix discrétionnaire à l'égard d'«une langue quelconque». Je suis d'avis que le pourvoi incident du Procureur général du Nouveau-Brunswick sur la réponse négative à cette question doit être accueilli et que la question doit recevoir une réponse affirmative.

[7] [1965] R.C.S. 798.

I agree with Hughes C.J.N.B. that s. 11(4) is met by s. 23C although the latter for its purposes refers to "any language"; s. 23C is in that respect still a provincial law which vests in the provincial Courts or in the judges thereof a discretion "as to the language in which for the general purposes [in the Province] proceedings may be conducted in civil causes or matters". It is, in my view, unnecessary to limit the words "the language" in s. 11(4) to English or French in order to activate s. 11(3); the activation, as in this case, itself has the effect of limiting the range of languages in criminal proceedings in provincial Courts to English or French.

Je suis d'accord avec le Juge en chef Hughes du Nouveau-Brunswick que l'art. 23C répond aux exigences du par. (4) de l'art. 11 même si le premier, pour ses fins à lui, emploie les termes «une langue quelconque»; l'art. 23C est même de cette façon-là une loi provinciale qui confère aux tribunaux de la province ou aux juges de ces tribunaux la liberté de choisir «la langue dans laquelle, de façon générale [dans la Province], les procédures peuvent être conduites en matière civile». Pour faire entrer en action le par. (3) de l'art. 11, il n'est pas, selon moi, nécessaire de limiter à l'anglais ou au français la portée des mots «la langue» que l'on trouve au par. (4) de cet art. 11; l'entrée en action, comme c'est le cas en l'espèce, a de par elle-même pour effet de limiter aux seules langues anglaise et française le choix des langues qu'on peut employer dans les procédures criminelles devant les tribunaux.

In the result, it is unnecessary to answer question 5 (which is prefaced by the words "If question 4 is answered in the negative") but I would observe, in concurrence with Hughes C.J.N.B. that s. 14 of the *Official Languages of New Brunswick Act* satisfies the requirements of s. 11(4) no less than does s. 23C of the provincial *Evidence Act*.

Il se sera pas nécessaire, en définitive, de répondre à la question 5 (laquelle commence par les mots «Advenant que l'on réponde négativement à la quatrième question») mais je ferai remarquer, d'accord avec le Juge en chef Hughes du Nouveau-Brunswick, que l'art. 14 de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* répond aux exigences du par. (4) de l'art. 11 autant que le fait l'art. 23C du *Evidence Act* provincial.

In summary, the answers I would give to the questions which were the subject of the reference by the Lieutenant-Governor in Council of New Brunswick are as follows:

Question 1: Yes
Question 2: Yes
Question 3: Yes
Question 4: Yes
Question 5: No answer required.

En résumé, je réponds de la façon suivante aux questions qui ont été soumises, au moyen du renvoi, par le Lieutenant-Gouverneur en conseil du Nouveau-Brunswick:

Question 1: Oui
Question 2: Oui
Question 3: Oui
Question 4: Oui
Question 5: Nulle réponse requise.

It follows from my answers that I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal. This is not a case for any order as to costs.

*Appeal dismissed; cross appeal allowed; no order as to costs.*

Il découle de mes réponses que je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident. Il n'y a pas lieu d'adjuger de dépens.

*Appel rejeté; appel incident accueilli sans dépens.*

*Solicitor for the appellant: G. Irving Milton, Moncton.*

*Solicitor for the respondent, the Attorney General of Canada: D. S. Maxwell, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent, the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.*

*Solicitor for the intervenant, the Attorney General for Quebec: Jean Leahy.*

*Procureur de l'appelant: C. Irving Milton, Moncton.*

*Procureur de l'intimé, le Procureur général du Canada: D. S. Maxwell, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé, le Procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant, le Procureur général de la Province de Québec: Jean Leahy.*

**Leo Lafrance** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

1972: December 11; 1973: August 27.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence, Pigeon and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal Law—Theft of automobile—Joy-riding—Whether included offence—Whether offences mutually exclusive—Elements of theft—Criminal Code, ss. 283, 294, 295.*

Appellant had been drinking at his home in North Bay with some friends. Around midnight they decided to deliver some stereo tapes and lacking transport went to the home of one Trudel who told them that he would get them a ride. Trudel took them to the motel parking lot next to his home, found a car with the keys in it, drove appellant and his friends around and later returned to his home. Appellant then took the car intending to go for a drive alone and then return the car to the motel. While returning to North Bay he was stopped by a police constable and later charged with the theft of the car under s. 280 (now s. 294) of the *Criminal Code*. Appellant admitted at trial that Trudel had indicated that the car was stolen but was acquitted on the basis of the intention of both Trudel and himself to return the car and because the offence of joy-riding, s. 281 (now s. 295) of the *Criminal Code*, was not an included offence. The Court of Appeal decided however that all the elements of theft as defined in s. 269 (now s. 283) of the *Criminal Code* were present.

*Held* (Hall, Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Fauteux C.J.: The distinction between the offences of theft and joy-riding makes them mutually exclusive and permits no verdict other than a verdict on the offence actually charged. However the trial judge erred in holding that there was no evidence on which to enter a conviction for theft.

**Léo Lafrance** *Appelant*;

et

**Sa Majesté la Reine** *Intimée.*

1972: le 11 décembre; 1973: le 27 août.

Présents: le Juge en chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence, Pigeon et Laskin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel—Vol d'automobile—"Joy-riding"—S'agit-il d'une infraction comprise?—S'agit-il d'infractions qui s'excluent mutuellement?—Éléments du vol—Code criminel, art. 283, 294, 295.*

L'appelant et quelques-uns de ses amis avaient bu à la maison de celui-ci. Vers minuit, ils ont décidé de livrer des bandes stéréo et, vu qu'il leur manquait un moyen de transport, ils se sont rendus chez un dénommé Trudel qui leur a dit qu'il leur trouverait un moyen de transport. Ce dernier les amena au terrain de stationnement du motel voisin de sa demeure; il trouva une voiture dont les clés étaient à l'intérieur et il fit faire une balade à l'appelant et à ses amis pour revenir ensuite à sa demeure. L'appelant a ensuite pris la voiture avec l'intention de faire une balade solitaire puis de la ramener au motel. En revenant à North Bay, il a été arrêté par un agent de police et plus tard, il a été accusé du vol de ladite automobile en vertu de l'art. 280 (maintenant l'art. 294) du *Code criminel*. Au cours du procès, l'appelant a admis que Trudel avait indiqué que l'automobile était volée, mais il a été acquitté parce que Trudel et lui-même avaient l'intention de ramener l'automobile et aussi parce que l'infraction de «joy-riding» art. 281 (maintenant l'art. 295) du *Code criminel*, n'était pas une infraction comprise. Cependant, la Cour d'appel a décidé que tous les éléments du vol tels que définis à l'art. 269 (maintenant l'art. 283) du *Code criminel* étaient présents.

*Arrêt* (les Juges Hall, Spence et Laskin étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Le* Juge en chef Fauteux: La distinction entre les infractions de vol et de «joy-riding» les rend mutuellement exclusives et ne permet d'autre verdict que celui qui peut être rendu sur l'accusation effectivement portée. Cependant, le juge de première instance a commis une erreur en décidant qu'il n'y avait aucune preuve sur la base de laquelle une déclaration de culpabilité pour vol pouvait être inscrite.

*Per* Abbott, Martland, Judson, Ritchie and Pigeon JJ.: The provision contained in s. 281 (now s. 295) of taking a vehicle without the owner's consent creates a separate offence in order to provide a penalty where it may be difficult or impossible to establish the offence of theft. The two offences are separate and taking a vehicle without the owner's consent is not necessarily included in the charge of the theft of a vehicle. In certain fact situations the accused may be prosecuted under either section. In this case however the Court of Appeal properly found that all the elements of theft were established. The trial judge erred in law in holding that because the appellant intended to return the vehicle he could not have intended to commit theft but could only be charged under s. 281 (now s. 295) and this gave to the Court of Appeal jurisdiction to determine the appeal as it did.

*Per* Hall, Spence and Laskin JJ. *dissenting*: The trial judge found that the evidence was not sufficient to establish the intent necessary to support a conviction of theft but was sufficient to establish a conviction of joy-riding, under s. 281 (now s. 295). To differ with this finding is to differ on the factual inferences from the evidence.

The two offences set out in ss. 280 and 281 (now ss. 294 and 295) are separate and mutually exclusive offences and the required element of intent in each is not common to both. Theft is defined as involving a taking or conversion "fraudulently and without colour of right" while s. 281 (now s. 295) does not associate with the *actus reus* of the offence, and with the intent that is an element thereof, the dishonesty imported into the elements of theft. There was no question of law involved in this case to entitle the Court of Appeal to interfere with the acquittal of the appellant. The findings of fact bring the present case within s. 295 rather than s. 294. The appeal should therefore be allowed and the acquittal restored.

[*R. v. Wilkins*, [1964] 2 O.R. 365 distinguished; *R. v. Williams*, [1953] 1 Q.B. 660, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from an acquittal at trial by Gratton, Co. Ct. J. Appeal

*Les* Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie et Pigeon: L'art. 281 (maintenant l'art. 295) qui traite du fait de prendre un véhicule sans le consentement du propriétaire, crée une infraction distincte afin de prévoir une peine pour les cas où il peut être difficile ou impossible d'établir l'infraction de vol. Les deux infractions sont distinctes et le fait de prendre un véhicule sans le consentement du propriétaire n'est pas nécessairement compris dans l'infraction de vol d'un véhicule. Dans certains cas, le prévenu peut être poursuivi en vertu de l'un ou de l'autre des articles. En l'espèce, la Cour d'appel a décidé à bon droit que tous les éléments du vol avait été établis. Le juge de première instance a commis une erreur de droit en statuant que parce que l'appelant avait l'intention de retourner le véhicule, il ne pouvait pas avoir eu l'intention de commettre un vol mais pouvait uniquement être inculpé en vertu de l'art. 281 (maintenant l'art. 295), ce qui rendait la Cour d'appel compétente pour entendre l'appel comme elle l'a fait.

*Les* Juges Hall, Spence et Laskin, *dissidents*: Le juge de première instance a décidé que la preuve ne permettait pas d'établir l'intention sur laquelle doit être fondée une déclaration de culpabilité de vol, mais qu'elle permettait par contre d'établir une déclaration de culpabilité de «joy-riding» en vertu de l'art. 281 (maintenant l'art. 295). En différant d'avis sur cette conclusion, on diffère d'avis sur les déductions de fait tirées de la preuve.

Les deux infractions établies aux art. 280 et 281 (maintenant les art. 294 et 295) sont des infractions distinctes et mutuellement exclusives et l'élément d'intention requis dans chacune n'est pas commun aux deux infractions. Le vol est défini comme comportant le fait de prendre ou de détourner «frauduleusement et sans apparence de droit» tandis que l'art. 281 (maintenant l'art. 295) n'associe pas à l'*actus reus* de l'infraction, et à l'intention qui en constitue un élément, la malhonnêteté que laissent voir les éléments du vol. En l'espèce, il n'y avait aucune question de droit en jeu pour autoriser la Cour d'appel à réviser l'acquittement de l'appelant. Les conclusions de fait tirées en l'espèce entraînent l'application de l'art. 295 plutôt que celle de l'art. 294. Par conséquent, le pourvoi devrait être accueilli et l'ordonnance d'acquittement rétablie.

[Distinction faite avec l'arrêt: *R. v. Wilkins*, [1964] 2 O.R. 365. Arrêt mentionné: *R. v. Williams* [1953], 1 Q.B. 660.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario accueillant un appel d'une ordonnance d'acquittement rendue au procès

dismissed, Hall, Spence and Laskin JJ. dissenting.

*J. T. Morin*, for the appellant.

*M. A. F. Lindsay*, for the respondent.

THE CHIEF JUSTICE—Charged with the offence of theft of an automobile of a value exceeding $50, contrary to s. 280, now s. 294 of the *Criminal Code*, the appellant was tried and acquitted by His Honour Judge Gratton, District Judge. The Trial Judge held that there was an absence of any evidence to support a finding of intent to commit theft but only evidence of the offence of taking a motor vehicle without consent, contrary to s. 281, now s. 295 *Criminal Code*, upon which he would have entered a conviction had he been of the opinion that such an offence was included under s. 280 [now s. 294] of the *Criminal Code*.

Pursuant to s. 584(1) *Criminal Code*, now s. 605(1), respondent appealed to the Court of Appeal for Ontario against this verdict of acquittal on the ground that the Trial Judge had erred in law in holding that there was no evidence to support a finding of intent to commit theft and a conviction under s. 280 [now s. 294] of the *Criminal Code*.

The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the verdict of acquittal and, as authorized by s. 592(4)(*b*)(i), now s. 613(4)(*b*)(i), entered a verdict of guilty with respect to the offence charged and remanded the case to the County Court Judge for sentence. Delivering orally the reasons for the Court at the close of the argument on the appeal, Mr. Justice Aylesworth declared in conclusion:

" . . . that the charge of theft of the automobile, as laid, was made out and there was evidence, and ample evidence, before the County Court Judge upon

par le Juge Gratton de la Cour de comté. Le pourvoi est rejeté, les Juges Hall, Spence et Laskin étant dissidents.

*J. T. Morin*, pour l'appelant.

*M. A. F. Lindsay*, pour l'intimée.

LE JUGE EN CHEF—Inculpé d'avoir volé une automobile d'une valeur supérieure à $50, en contravention de l'art. 280, maintenant l'art. 294, du *Code criminel*, l'appelant a subi son procès et fut acquitté par Son Honneur le Juge Gratton, juge de district. Le juge de première instance décida que la preuve soumise ne révélait aucune intention de commettre un vol mais qu'elle avait plutôt trait uniquement à l'infraction de prise de possession sans permission d'un véhicule à moteur telle que prévue à l'art. 281, maintenant l'art. 295, du *Code criminel:* il aurait inscrit une déclaration de culpabilité quant à cette dernière infraction s'il avait été d'avis qu'elle était comprise dans celle qui est énoncée à l'art. 280 [maintenant l'art. 294] du *Code criminel*.

Comme le lui permet l'art. 584, par. (1), maintenant l'art. 605, par. (1), du *Code criminel*, l'intimée interjeta appel à la Cour d'appel de l'Ontario contre ce verdict d'acquittement pour le motif que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en décidant qu'il n'y avait aucun élément de preuve indiquant une intention de commettre un vol et justifiant une condamnation en vertu de l'art. 280 [maintenant l'art. 294] du *Code criminel*.

La Cour d'appel accueillit l'appel, écarta le verdict d'acquittement et, comme le lui permet le sous-al. (i) de l'al. *b*) du par. (4) de l'art. 592, maintenant le sous-al. (i) de l'al. *b*) du par. (4) de l'art. 613, inscrivit un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction visée par l'accusation et renvoya l'affaire au juge de la Cour de comté en vue du prononcé de la sentence. Exposant oralement les motifs de la Cour au terme des plaidoiries en appel, M. le Juge Aylesworth déclara en conclusion:

[TRADUCTION] «. . . que l'accusation de vol de l'automobile, telle que portée, a été établie et qu'il y avait devant le juge de la Cour de comté une preuve, et une

which the conviction should have been recorded. We think he erred in law in charging himself that there really was no such evidence before him."

Hence the present appeal to this Court pursuant to s. 597(2)(*a*)(i), now s. 618(2)(*a*)(i) *Criminal Code.*

I had the advantage of reading the reasons for judgment of my brothers Martland, Spence and Laskin. I will defer the consideration of the jurisdictional ground raised by my brother Laskin and precise at first my views with respect to (i) the essence of the distinction between the offence under s. 280 and the offence under s. 281, and (ii) the evidence in the case.

Dealing with point (i):—In *R. v. Wilkins*[1], the Court of Appeal for Ontario decided that, in essence, the distinction between the two offences lies in the difference that characterizes the intent of the taker which, in the case of theft, is to convert, permanently or temporarily, the property of another in a motor vehicle—or in any other thing—to the use of the taker and which, in the case of the offence under s. 281, is merely to drive a motor vehicle or cause it to be driven. Speaking for the majority of the Court of Appeal, Roach J.A., said this at p. 370 of the report:—

"Ordinarily and were it not for s. 281 the taking of a motor vehicle without the consent of the owner and driving it would carry with it the notion that the taker intended to and in fact did convert it—that is, the property in it—to his own use and in so doing, deprive the owner of the use of it even though such deprivation were only temporary. Where a person in violation of s. 281 takes a motor vehicle without the consent of the owner with the intention merely of driving it, he still deprives the owner of the use of it but Parliament has decreed that there can be a taking and use resulting in deprivation that does not amount to theft and that which distinguishes such a taking is the intent of the taker. If the intent, so said Parlia-

[1] [1964] 2 O.R. 365.

preuve abondante, sur la base de laquelle une déclaration de culpabilité aurait dû être inscrite. Nous croyons qu'il a commis une erreur de droit en déclarant pour sa gouverne qu'il n'avait en fait aucune preuve semblable devant lui.»

D'où le présent pourvoi porté en cette Cour en vertu de l'art. 597, par. (2), al. *a*), sous-al. (i), maintenant l'art. 618, par. (2), al. *a*), sous-al. (i) du *Code criminel.*

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues les Juges Martland, Spence et Laskin. Je vais différer l'étude du motif d'ordre juridictionnel soulevé par mon collègue le Juge Laskin et d'abord préciser mes vues en ce qui a trait à (i) l'essence de la distinction entre l'infraction prévue à l'art. 280 et l'infraction prévue à l'art. 281, et (ii) la preuve en l'espèce.

Abordons immédiatement le premier point. Dans l'affaire *R. c. Wilkins*[1], la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la distinction entre les deux infractions réside essentiellement dans la différence que comporte l'intention du contrevenant; cette intention, dans le cas du vol, est de détourner, de façon permanente ou temporaire, le droit de propriété d'autrui dans un véhicule à moteur—ou dans toute autre chose—à son propre usage, et, dans le cas de l'infraction prévue par l'art. 281, elle est simplement de conduire un véhicule à moteur ou de le faire conduire. Parlant au nom de la majorité de la Cour d'appel, M. le Juge Roach a dit ceci à la p. 370 du recueil:—

[TRADUCTION] «Normalement, et si ce n'était de l'art. 281, le fait de prendre un véhicle à moteur sans le consentement du propriétaire et de le conduire impliquerait qu'on a l'intention de le détourner et qu'on le détourne de fait—nous entendons le droit de propriété dans le véhicule—à son propre usage, et ce faisant, qu'on prive le propriétaire de l'usage de ce véhicule même si la privation n'est que temporaire. Lorsqu'une personne, en contravention de l'art. 281, prend un véhicule à moteur sans le consentement du propriétaire avec la seule intention de le conduire, elle prive encore celui-ci de l'usage de ce véhicule, mais le Parlement a décrété qu'il est possible de prendre et d'employer un objet de façon à en priver

[1] [1964] 2. O.R. 365.

ment, is merely to drive it then it is not theft but a separate offence. Plainly, however, Parliament did not intend that every such taking would bring the act of the taker without the definition of theft contained in s. 269. Otherwise a person could take a motor vehicle without the consent of the owner and no matter how long or how far he drove it if he could be heard to say that he took it for no other purpose than to drive it, he could escape a charge of theft. That submission would be ridiculous. The taking under s. 281 must be consistent with an intention by the taker that, having driven it, he shall return it or cause it to be returned to the owner and the circumstances under which it was taken the length of time the taker retained possession and the distance he drove it are important *indicia* in determining whether in taking it the taker intended merely to drive it as contemplated by the section or whether he intended to convert the property in it to his own use. Each case must depend on its own facts."

quelqu'un sans toutefois commettre un vol et ce qui distingue alors un tel cas c'est l'intention de celui qui prend. Si l'on a simplement l'intention de conduire le véhicule, dit le Parlement, cela ne constitue pas alors un vol mais une infraction distincte. Il est toutefois évident que le Parlement n'a pas voulu que chaque fois qu'un tel cas se présente, l'acte du contrevenant ne soit plus visé par la définition du vol énoncée à l'art. 269. Autrement, une personne pourrait prendre un véhicule à moteur sans le consentement du propriétaire et échapper à une accusation de vol indépendamment de la durée de la possession ou de la distance parcourue, pour autant qu'on lui permettre de dire qu'elle l'avait pris uniquement dans le but de le conduire. Cette prétention serait ridicule. Pour qu'il y ait prise de véhicule au sens de l'art. 281, le contrevenant doit avoir l'intention de le retourner ou de voir à ce qu'il soit retourné au propriétaire après l'avoir conduit, et les circonstances dans lesquelles le véhicule a été pris, la durée pendant laquelle le contrevenant l'à gardé en sa possession et la distance parcourue sont des indices importants aux fins de déterminer si, en prenant le véhicule, le contrevenant a simplement eu l'intention de le conduire, au sens de l'article, ou s'il a eu plutôt l'intention de le détourner à son propre usage. Dans chaque cas la réponse dépend des faits particuliers qui se présentent.»

With this view of the law, I am in respectful agreement. While the infringement of possession in the case of theft of anything constitutes a crime—or to use the familiar expressions of the common law, a criminal trespass, a felony—generally subject under our *Criminal Code* to prosecution by way of indictment and punishable by imprisonment for ten years, the infringement of possession of a motor vehicle under s. 281 constitutes an offence which, participating rather of the nature of a civil trespass or misdemeanor, is subject under the *Criminal Code* to prosecution by way of summary conviction and punishable by either a fine of no more than $500 or to imprisonment for six months, or to both. In both cases, as is generally the case for any other offences, *mens rea* must necessarily be proved by circumstancial evidence—except, of course, where the accused confesses. The difficulty which may, in a particular case, attend the determination of the specific intent, is foreign to what constitutes the essential and funda-

Je suis respectueusement d'accord avec cette interprétation de la loi. Bien que l'atteinte au droit de possession dans le cas du vol d'une chose quelconque constitue un acte criminel—ou pour reprendre les expressions familières du *common law*, un «criminal trespass» (intrusion criminelle), un «felony» (infraction majeure)—entraînant en général sous notre Code des poursuites par voie d'acte d'accusation et punissable d'un emprisonnement de dix ans, l'atteinte au droit de possession d'un véhicule à moteur prévue à l'art. 281 constitue une infraction qui, tenant plutôt du «civil trespass» (délit civil d'intrusion) ou du «misdemeanor» (simple infraction), entraîne sous notre Code des poursuites par voie de déclaration sommaire de culpabilité et est punissable d'une amende d'au plus $500 ou d'un emprisonnement de six mois, ou des deux peines à la fois. Dans les deux cas, comme en général pour toute autre infraction, l'intention coupable doit nécessairement être prouvée par une preuve circonstantielle,—sauf, bien

mental distinction between the two offences, which distinction, founded as it is on a specific intent, makes these offences mutually exclusive and permits, in the absence of a special provision, no verdict other than a verdict on the offence actually charged.

Dealing with point (ii):—It is appropriate to note that in the consideration of the evidence, this Court, as was the case for the Court of Appeal, is not concerned with the question whether the Trial Judge ought to have inferred guilt of the offence charged—which is a question of fact—but whether he might and could have legally drawn such inference therefrom—which is a question of law.

The evidence is simple. Two witnesses were heard for the prosecution, namely John B. Lanigan, the owner of the automobile, a Pontiac, and Constable Michael Fawcett who, while patrolling highway 17 during the night, encountered and stopped that vehicle then driven by Lafrance. No witness other than the latter was heard for the defence. According to these testimonies, the facts are:—On September 24, 1970, after his day's work, Lanigan, an Ontario Hydro technician, drove back in his Pontiac to the Voyager Hotel in North Bay where he was lodging. He parked his car in the parking lot of the hotel, leaving the keys in the key hole and some scientific instruments on the rear seat and in the trunk. The next morning, he found out that his automobile had disappeared and reported it as stolen to the police. As to what took place in the interval, during the night, Lafrance, for his part, testified as follows: He and three companions, namely Michael Trudel, Jacques Carrière and Paul Boissonneault, drank wine in his home for about two hours when at about midnight, they decided to drive to Corbeil in order to deliver some stereo tapes which were then in the possession of Carrière. For this

entendu, lorsque l'accusé reconnaît sa culpabilité. La difficulté que peut, dans une affaire particulière, comporter la détermination de l'intention spécifique, n'a rien à voir avec ce qui constitue la distinction essentielle et fondamentale entre les deux infractions, distinction qui, fondée qu'elle est sur une intention spécifique, rend ces infractions mutuellement exclusives et ne permet, en l'absence d'une disposition spéciale, d'autre verdict que celui qui peut être rendu sur l'accusation effectivement portée.

Passons maintenant au deuxième point. Il convient de noter que dans l'examen de la preuve, cette Cour, comme ce fut le cas pour la Cour d'appel, n'a pas pour tâche de considérer la question de savoir si le juge de première instance aurait dû conclure à la culpabilité par rapport à l'infraction alléguée—ce qui est une question de fait—mais celle de savoir s'il pouvait et aurait pu légalement en tirer semblable conclusion—ce qui est une question de droit.

Les faits en preuve sont simples. Deux témoins ont déposé pour le ministère public, savoir John B. Lanigan, le propriétaire de l'automobile, une Pontiac, et l'agent Michael Fawcett qui, alors qu'il patrouillait la route 17 la nuit, a rencontré le véhicule que conduisait alors Lafrance et l'a fait stopper. La défense n'a fait entendre aucun témoin autre que ce dernier. D'après ces témoignages, voici les faits: — le 24 septembre 1970, sa journée de travail terminée, Lanigan, un technicien de l'hydro-Ontario, revint dans sa voiture Pontiac à l'hôtel Voyager de North Bay où il était logé. Il gara sa voiture dans le terrain de stationnement de l'hôtel, laissant les clés dans la serrure et des instruments scientifiques sur le siège arrière et dans la valise. Le lendemain matin, il réalisa que son automobile était disparue et il rapporta à la police qu'elle avait été volée. Concernant ce qui s'est passé dans l'intervalle durant la nuit, Lafrance, pour sa part, a témoigné comme suit: Lui et trois compagnons, soit Michael Trudel, Jacques Carrière et Paul Boissonneault, ont bu du vin chez lui pendant environ deux heures et, vers minuit, ils ont décidé d'aller en automobile à Corbeil pour livrer des bandes magnétiques

alleged purpose, they went to one of Trudel's friends to "get a ride" but with no avail. Trudel told them not to worry, that they would get a ride. They proceeded to the parking lot of the Voyager Hotel where several cars were parked. Trudel saw the keys in Lanigan's Pontiac and then all, but Boissonneault, boarded that car and left with Trudel at the wheel. They did not go to Corbeil. They drove behind the airport "because there was less traffic and less people". On their way, Carrière threw out of the car the scientific instruments of Lanigan which were on the rear seat. Eventually, Trudel drove Carrière to his home because the latter was scared. After cruising for some time through the city with Lafrance, Trudel decided to go home. He then left the vehicle to Lafrance and told him to do what he wanted to do with it. Lafrance boarded the car and then proceeded to Sturgeon Falls intending, he said, "—on just going for a ride and then returning it to the Voyager so it would not be noticed that it was stolen". About half way to Sturgeon Falls, he turned around and was heading back to North Bay when, at 3.40 a.m., he was stopped by Constable Fawcett who had observed that the car was driven in an erratic manner. Asked for his driver's licence, owner's permit and insurance certificate, Lafrance said he left them at home. He declared falsely that the scientific instruments in the trunk belonged to his father. He gave a false name, *i.e.*, the name of Lachance, and the address of 132 Norwood in North Bay. Constable Fawcett then locked and secured Lanigan's car and proceeded with Lafrance to that address to ascertain the truth of the answers he received. Upon arriving at that point, Lafrance entered the house and eventually disappeared. In cross-examination, Lafrance testified: that "he figured that Trudel was stealing the car" when the latter at the parking lot walked to the Pontiac, looked through the window, saw the keys, climbed in and started the motor; that having driven three blocks from the lot, Trudel told them that the car had been stolen and that when Trudel left the car with him, he knew that it was a stolen car.

pour stéréo, que Carrière avait alors en sa possession. À cette fin, dit-il, ils allèrent chez un des amis de Trudel pour «se faire conduire» mais sans succès. Trudel leur dit de ne pas s'inquiéter, que quelqu'un les conduirait. Ils se rendirent au terrain de stationnement de l'hôtel Voyager où étaient stationnées plusieurs voitures. Trudel vit les clés dans la Pontiac de Lanigan et alors tous, sauf Boissonneault, montèrent dans la voiture et partirent, Trudel étant au volant. Ils n'allèrent pas à Corbeil. Ils passèrent derrière l'aéroport [TRADUCTION] «parce qu'il y avait moins de circulation et moins de gens». Pendant le trajet, Carrière jeta par la fenêtre de l'automobile les instruments scientifiques de Lanigan qui étaient sur le siège arrière. Finalement, Trudel conduisit Carrière chez lui car ce dernier avait peur. Après s'être promené quelque temps dans la ville avec Lafrance, Trudel décida de rentrer chez lui. Il laissa alors le véhicule à Lafrance lui disant d'en faire ce qu'il voudrait. Lafrance monta dans l'automobile et se dirigea alors vers Sturgeon Falls avec l'intention, dit-il, [TRADUCTION] « . . . de faire seulement une promenade et de retourner ensuite la voiture au Voyager afin qu'on ne se rende pas compte qu'elle avait été volée». À peu près à mi-chemin de Sturgeon Falls, il fit demi-tour et il revenait à North Bay lorsque, à 3h40 du matin, il fut arrêté par l'agent Fawcett qui avait remarqué que l'automobile n'était pas conduite de façon normale. S'étant fait demander son permis de conduire, son certificat d'immatriculation et une preuve d'assurance, Lafrance affirma les avoir laissés à la maison. Il déclara faussement que les instruments scientifiques qui étaient dans la valise appartenaient à son père. Il donna un nom fictif, celui de Lachance, et l'adresse du 132 Norwood à North Bay. L'agent Fawcett a alors fermé et verrouillé la voiture de Lanigan et s'est rendu avec Lafrance à l'adresse donnée pour s'assurer de la véracité des réponses qu'il avait reçues. Une fois arrivé à cet endroit, Lafrance entra dans la maison pour finalement disparaître. En contre-interrogatoire, Lafrance a témoigné: qu'il a «bien pensé que Trudel volait la voiture» lorsque ce dernier, au terrain de stationnement, s'est dirigé vers la

Pontiac, a regardé par la fenêtre, a vu les clés, est monté dans la voiture et a mis le moteur en marche; que, ayant parcouru trois coins de rues depuis le terrain, Trudel a dit que la voiture avait été volée; et que, lorsque Trudel lui a laissé la voiture, il savait qu'il s'agissait d'une voiture volée.

I agree with the Court of Appeal not only that the Trial Judge erred in law in holding that there was no evidence from which he might and could have legally inferred the guilt of the accused with respect to the offence of theft but also with the conclusion of the Court of Appeal that there was indeed ample evidence upon which such a conviction could have been recorded.

Je pense comme la Cour d'appel non seulement que le juge de première instance a fait une erreur de droit en décidant qu'il n'y avait aucune preuve sur laquelle il pouvait et aurait pu légalement conclure à la culpabilité de l'accusé relativement à l'infraction de vol, mais aussi qu'il existait en fait une preuve abondante sur la base de laquelle une déclaration de culpabilité de vol aurait pu être inscrite.

Dealing with the jurisdictional ground:—Obviously, the Court of Appeal had no jurisdiction to entertain the appeal of the Attorney General unless it raised—as indeed it did—a question of law which, as above indicated, was that the Trial Judge had erred in holding that there was no evidence upon which a verdict of theft could be recorded. The jurisdictional ground raised rests on interpretation given to the reasons of the Trial Judge who, it is said, did not conclude that there was no evidence upon which to convict for theft but that the evidence was not sufficient on the crucial question of intent. The members of the Court of Appeal were unanimously of opinion that the Trial Judge had charged himself that there was an absence of evidence and not an insufficiency of evidence. With this interpretation, I am in agreement. Furthermore, the conclusion of the Trial Judge rests on the invalid premise that in the absence of any evidence from Trudel, he could not find the accused guilty of theft. The evidence of Lafrance, which he accepted, on the crucial point of intent, was quite sufficient.

Nous traiterons maintenant du motif d'ordre juridictionnel. Il va de soi que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour connaître de l'appel du procureur général à moins que cet appel ne soulève—comme effectivement il l'a fait—une question de droit, laquelle, comme il est indiqué ci-dessus, était que le juge de première instance avait commis une erreur en décidant qu'il n'existait aucune preuve permettant de consigner un verdict de vol. Le motif d'ordre juridictionnel soulevé repose sur l'interprétation donnée aux motifs du juge de première instance, qui, a-t-on dit, n'a pas conclu qu'il n'existait pas de preuve sur laquelle fonder une déclaration de culpabilité de vol mais bien que la preuve n'était pas suffisante quand à la question cruciale de l'intention. Les membres de la Cour d'appel, à l'unanimité, ont été d'avis que le juge de première instance avait conclu pour sa propre gouverne qu'il y avait absence de preuve et non insuffisante de preuve. À cette interprétation, je souscris. En outre, la conclusion du juge de première instance est fondée sur la prémisse erronnée qu'en l'absence de toute déposition de Trudel, il ne pouvait déclarer l'accusé coupable de vol. Le témoignage de Lafrance, qu'il a accepté, sur le point crucial de l'intention, était bien suffisant.

For all these reasons, I would dismiss the appeal.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The judgment of Abbott, Martland, Judson, Ritchie and Pigeon JJ. was delivered by

MARTLAND J.—This is an appeal from the unanimous judgment of the Court of Appeal for Ontario, which allowed an appeal by the present respondent from the present appellant's acquittal at trial on a charge of theft of an automobile contrary to s. 280 (now s. 294) of the *Criminal Code*. Theft is defined in s. 269 (now s. 283) of the *Criminal Code*, the relevant portions of which read as follows:

**269.** (1) Every one commits theft who fraudulently and without colour of right takes, or fraudulently and without colour of right converts to his use or to the use of another person, anything whether animate or inanimate, with intent,

(*a*) to deprive, temporarily or absolutely, the owner of it or a person who has a special property or interest in it, of the thing or of his property or interest in it,

. . . .

The facts which gave rise to the charge are as follows: Around midnight of September 23, 1970, the appellant and some friends who were drinking wine at his home at 132 Norwood Avenue, in North Bay, decided to go to Corbeil to deliver some stereo tapes in the possession of one of them, Jacques Carrière. They went to the home of Mike Trudel, who lived on Delaware Avenue, next door to the Voyager Motel. Trudel told them he would get them a ride and they went to the Voyager Motel parking lot where they saw a Pontiac automobile, which had been left there by the owner, John Lanigan, during the afternoon of September 23. The keys were in the car. Trudel entered the car and started the motor. The appellant and Carrière got in. Trudel drove them to the airport, and, later, to Carrière's home. Carrière got out, and Trudel drove the car around the city. He drove back to his own house and parked the car. The appellant then drove the car alone towards Sturgeon Falls, intending to go for a drive, and, later, to return the car to the Voyager Motel.

Le jugement des Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie et Pigeon a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le présent appel est à l'encontre d'un arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, accueillant l'appel de la présente intimée contre l'acquittement, en première instance, du présent appelant, accusé d'avoir volé une voiture, en contravention de l'art. 280 (maintenant l'art. 294) du *Code criminel*. Le vol est défini à l'art. 269 (maintenant l'art. 283) du *Code criminel*, dont les dispositions pertinentes se lisent comme suit:

**269.** (1) Commet un vol, quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit une chose quelconque, animée ou inanimée, avec l'intention

*a*) de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose;

. . . .

Les faits qui ont donné lieu à l'accusation sont les suivants: vers minuit, le 23 septembre 1970, l'appelant et quelques-uns de ses amis buvaient du vin à la maison de celui-ci, sise au 132 de l'avenue Norwood, North Bay; ils ont décidé de se rendre à Corbeil pour livrer des bandes stéréos que l'un d'eux, Jacques Carrière, avait en sa possession. Ils se sont rendus chez Mike Trudel, qui habitait l'avenue Delaware, à côté du Voyager Motel. Trudel leur a dit qu'il allait leur trouver un moyen de transport; ils sont allés dans le terrain de stationnement du Voyager Motel; ils y ont vu une Pontiac, laissée là par son propriétaire, John Lanigan, au cours de l'après-midi du 23 septembre. Les clés étaient dans la voiture. Trudel a pris place dans la voiture et a mis le moteur en marche. L'appelant et Carrière sont montés. Trudel les a conduits à l'aéroport, et plus tard chez Carrière. Carrière est sorti de la voiture et Trudel à fait une balade en voiture dans la ville. Il est revenu chez lui et y a stationné la voiture. Puis l'appelant, qui était alors seul, est parti en direction de Sturgeon Falls; il voulait faire un tour puis ramener la voiture au Voyager Motel.

After driving part way to Sturgeon Falls, he turned around and headed back towards North Bay. He was stopped by a police constable before he reached North Bay. When asked to produce his driver's licence and the ownership and insurance certificates he said that he had left them at home. He gave his correct name and his address at 132 Norwood Avenue. He said that some survey equipment located in the trunk of the car belonged to his father. The police constable drove him to the address which he had given. The appellant left the vehicle, advising that he would be right out. He did not return.

The appellant, in evidence at the trial, said that when Trudel took the car, he, the appellant, thought that it might have been stolen. He asked Trudel, while Trudel was driving, if the car was stolen and Trudel said: "Yes."

The learned trial judge, relying on the judgment of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Wilkins*[2], said this:

> Not only am I bound by this decision, but I agree entirely with the judgment of Mr. Justice Roach in his approach to the distinction which surely must exist between Sec. 280 and Sec. 281, and on the basis of the findings that I have made, that is about the intentions at all times of the people who took it originally and Lafrance when he did take over the control, i.e. of the intention of returning it, and in view of the fact that he actually did deprive the owner for only a few hours of the possession of this motor vehicle, not for such a lengthy period as would lead me to a different conclusion than the one that he actually intended to return it, and in the absence of any evidence on the part of the original taker, that is Trudel, that he intended at that time to deprive the owner in such circumstances as is called for under Sec. 280, then I must conclude in view of these findings that the accused at no time, either as a party to the commission of the offence or as the main offender himself, ever intended to commit an offence under the circumstances contemplated by Sec. 280. Sec. 281 not being an included offence under Sec. 280, the charge will accordingly be dismissed.

[2] [1964] 2 O.R. 365.

Après avoir fait un bout de route en direction de Sturgeon Falls, il a rebroussé chemin pour revenir à North Bay. Il a été arrêté par un agent de police avant d'atteindre North Bay. Lorsqu'on lui a demandé son permis de conduire et les certificats de propriété et d'assurance, il a dit les avoir laissés à la maison. Il a donné son vrai nom et son adresse, 132 avenue Norwood. Il a dit que le matériel d'arpentage qui se trouvait dans le coffre de la voiture appartenait à son père. L'agent de police l'a conduit à l'adresse qu'il avait donnée. L'appelant est sorti du véhicule et a dit qu'il revenait tout de suite. Il n'est pas revenu.

Dans son témoignage au procès, l'appelant a dit que lorsque Trudel a pris la voiture, lui, l'appelant, a pensé que c'était peut-être une voiture volée. Il a demandé à Trudel, alors au volant, s'il s'agissait d'une voiture volée, ce à quoi Trudel a répondu: «Oui».

Se fondant sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Wilkins*[2], le savant juge de première instance a dit ce qui suit:

> [TRADUCTION] Non seulement suis-je lié par cette décision, mais je souscris entièrement au jugement du Juge Roach dans sa façon d'aborder la distinction qui existe sûrement entre l'art. 280 et l'art. 281; sur la base des conclusions que j'ai tirées, au sujet de l'intention constante de ceux qui l'ont prise les premiers, et de l'intention constante de Lafrance lorsqu'il a pris le volant, soit l'intention de la retourner, et étant donné que ce dernier a en réalité privé le propriétaire de son véhicule uniquement pour quelques heures, non pas pour une période si longue que j'en arriverais à une conclusion différente de la conclusion qu'il avait réellement l'intention de la retourner, et en l'absence de toute preuve, de la part de celui qui l'a prise le premier, c.-à-d. Trudel, qu'il voulait à ce moment-là priver le propriétaire dans les conditions décrites à l'art. 280, je dois conclure, étant donné ces conclusions, que le prévenu n'a jamais eu l'intention, que ce soit en sa qualité de participant à une infraction ou en sa qualité de contrevenant principal, de commettre l'infraction dans les conditions prévues, à l'art. 280. L'art. 281 ne créant pas une infraction comprise à l'art. 280, l'accusation sera donc rejetée.

[2] [1964] 2 O.R. 365.

Section 281 (now s. 295) to which reference is made, provides:

**281.** Every one who, without the consent of the owner, takes a motor vehicle with intent to drive or use it or cause it to be driven or used is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Under s. 280, a person who commits theft is guilty of an indictable offence.

In the *Wilkins* case the accused took a policeman's motorcycle, while the latter was standing on the sidewalk making out a parking ticket, intending to drive it a short distance for the purpose of playing a joke on the policeman. He was charged with theft of the motorcycle. The majority of the Court, Roach and Kelly JJ.A., held that the accused should have been charged under s. 281 and that he was not guilty of theft under s. 280. MacKay J.A., dissenting, was of the view that all of the elements of theft had been proved.

The majority of the Court, in that case, expressed the following opinion as to the effect of s. 281 in relation to s. 269:

Ordinarily and were it not for s. 281 the taking of a motor vehicle without the consent of the owner and driving it would carry with it the notion that the taker intended to and in fact did convert it—that is, the property in it—to his own use and in so doing deprive the owner of the use of it even though such deprivation were only temporary. Where a person in violation of s. 281 takes a motor vehicle without the consent of the owner with the intention merely of driving it, he still deprives the owner of the use of it but Parliament has decreed that there can be a taking and use resulting in deprivation that does not amount to theft and that which distinguishes such a taking is the intent of the taker. If the intent, so said Parliament, is merely to drive it then it is not theft but a separate offence. Plainly, however, Parliament did not intend that every such taking would bring the act of the taker without the definition of theft contained in s. 269. Otherwise a person could take a motor vehicle without the consent of the owner and no matter how long or how far he drove it if he could be heard to say that he took it for no other purpose than to drive it, he could escape a charge of theft. That submission would be ridiculous. The taking

L'art. 281 (maintenant l'art. 295), dont il est fait mention, édicte ce qui suit:

**281.** Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, sans le consentement du propriétaire, prend un véhicule à moteur avec l'intention de le conduire ou de l'employer ou de le faire conduire ou employer.

En vertu de l'art. 280, celui qui commet un vol est coupable d'un acte criminel.

Dans l'affaire *Wilkins*, le prévenu avait pris la motocyclette d'un policier alors que ce dernier dressait une contravention de stationnement sur le trottoir; le prévenu voulait la conduire une faible distance pour jouer un tour au policier. Il a été accusé du vol de la motocyclette. La majorité de la Cour, composée des Juges d'appel Roach et Kelly, a décidé que le prévenu aurait dû être inculpé en vertu de l'art. 281 et qu'il n'était pas coupable de vol en vertu de l'art. 280. Le Juge d'appel MacKay, dissident, estimait pour sa part que tous les éléments du vol avaient été prouvés.

Dans cette cause là, la majorité de la Cour a exprimé l'avis suivant au sujet de l'effet de l'art. 281 relativement à l'art. 269:

[TRADUCTION] Normalement, et si ce n'était de l'art. 281, le fait de prendre un véhicule à moteur sans le consentement du propriétaire et de le conduire impliquerait qu'on a l'intention de le détourner et qu'on le détourne de fait—en parlant de la propriété du véhicule—à son propre usage, et ce faisant, qu'on prive le propriétaire de l'usage de ce véhicule même si la privation ne fut que temporaire. Lorsqu'une personne, en contravention de l'art. 281, prend un véhicule à moteur sans le consentement du propriétaire avec la simple intention de le conduire, elle prive quand même celui-ci de l'usage de ce véhicule, mais le Parlement a décrété qu'il est possible de prendre et d'employer un objet de façon à en priver quelqu'un sans toutefois commettre un vol et ce qui distingue alors un tel cas c'est l'intention de celui qui prend. Si l'on a simplement l'intention de conduire le véhicule, dit le Parlement, cela ne constitue pas alors un vol mais une infraction distincte. Il est toutefois évident que le Parlement n'a pas voulu que chaque fois qu'un tel cas se présente, l'acte du contrevenant ne soit plus visé par la définition du vol énoncée à l'art. 269. Autrement, une personne pourrait prendre un véhicule à moteur sans le consentement du propriétaire et

under s. 281 must be consistent with an intention by the taker that, having driven it, he shall return it or cause it to be returned to the owner and the circumstances under which it was taken the length of time the taker retained possession and the distance he drove it are important *indicia* in determining whether in taking it the taker intended merely to drive it as contemplated by the section or whether he intended to convert the property in it to his own use. Each case must depend on its own facts.

In the instant case the facts could not possibly justify a conviction of theft. The accused did not intend to steal the vehicle, that is, to convert the property in it to his own use but only to drive it as contemplated by s. 281. His intention was merely to play a joke on Nichol and the Judge so found. The intention to perpetrate this joke, stupid though it was, is incompatible with the evil intent which is inherent in the crime of theft.

In the present case, Aylesworth J.A., who delivered the reasons of the Court, had this to say about the application of the *Wilkins* case:

We distinguish the case on its facts most decidedly from those present in *Regina v. Wilkins*, a judgment of this Court. We are all of the opinion that the application of the *Wilkins* case should be confined to its own facts and we treat it in that manner.

He went on to hold that the charge of theft of the automobile had been made out and that there was ample evidence upon which a conviction should have been recorded by the trial judge. He added:

We think he erred in law in charging himself that there really was no such evidence before him.

The point of law upon which the appeal to this Court is founded is stated in the appellant's factum as follows:

échapper à une accusation de vol indépendamment de la durée de la possession ou de la distance parcourue, pour autant qu'on lui aurait entendu dire qu'elle l'avait pris uniquement dans le but de le conduire. Cette prétention serait ridicule. Pour qu'il y ait prise de véhicule au sens de l'art. 281, le contrevenant doit avoir l'intention de le retourner ou de voir à ce qu'il soit retourné au propriétaire après l'avoir conduit, et les circonstances dans lesquelles le véhicule a été pris, la durée pour laquelle le contrevenant l'a gardé en sa possession et la distance parcourue sont des indices importants aux fins de déterminer si, en prenant le véhicule, le contrevenant avait simplement l'intention de le conduire, au sens de l'article, ou s'il avait plutôt l'intention de le détourner à son propre usage. Dans chaque cas la réponse dépend des faits particuliers qui se présentent.

En l'espèce, les faits ne pourraient absolument pas justifier une déclaration de culpabilité de vol. Le prévenu n'avait pas l'intention de voler le véhicule, c'est-à-dire de le détourner à son propre usage, mais uniquement de le conduire de la façon envisagée à l'art. 281. Il voulait seulement jouer un tour à Nichol et c'est ce que le juge a conclu. L'intention de jouer ce tour, si stupide soit-il, est incompatible avec la mauvaise intention inhérente au vol.

En la présente espèce, le Juge d'appel Aylesworth, qui a rendu les motifs de la Cour, fait le commentaire suivant au sujet de l'application de l'arrêt *Wilkins*:

[TRADUCTION] Nous faisons sans hésiter une distinction entre les faits de la présente cause et ceux qui se présentaient dans l'affaire *Regina v. Wilkins*, un arrêt de cette Cour. Nous sommes tous d'avis que l'application de l'affaire *Wilkins* devrait se limiter aux faits qui s'y présentaient et c'est de cette façon que nous la considérons.

Puis il conclut que l'accusation de vol d'une voiture a été établie et qu'il y a une preuve abondante sur laquelle le juge de première instance aurait dû se fonder pour inscrire une déclaration de culpabilité. Il ajoute ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous croyons qu'il a commis une erreur de droit en déclarant pour sa gouverne qu'il n'avait vraiment aucune preuve semblable à sa disposition.

La question de droit sur laquelle se fonde l'appel en cette Cour est exposée comme suit dans le factum de l'appelant:

It is respectfully submitted that because of Section 281 every temporary taking of a motor vehicle without the consent of the owner is not theft. In the light of that section theft of a motor vehicle must involve an intention on the part of the accused person to convert the property in the vehicle to his own use.

The contention is that when Parliament created the lesser offence, as defined in s. 281, it must be presumed to have intended thereby to curtail the definition of theft by excluding from it any taking which would constitute an offence under s. 281.

I do not agree with this submission. In my opinion, when the predecessor of s. 281 was enacted, the purpose of Parliament was not to amend the existing law of theft in relation to automobiles. Its sole purpose was to create a new and separate offence in order to provide a penalty in certain fact situations in which it was difficult or impossible to establish the offence of theft. The provision contained in s. 281 does not purport to do anything more than to define a separate offence in relation to the taking of automobiles. The definition of theft still covers the taking of "anything".

The offence provided for in s. 281 is defined in such a way that in certain fact situations the accused might be prosecuted under either s. 280 or s. 281. In such an event it is for the Crown to elect which charge should be laid, as is the case under s. 221(1) and (4) (now s. 233(1) and (4) where the facts might warrant a charge either of criminal negligence in the operation of a motor vehicle or of dangerous driving.

It would have been open to Parliament to have provided specifically, as it did in relation to the offences defined in s. 221(1) and (4), that an offence under s. 281 should be an included offence under s. 280, but this was not done. In the absence of such specific provision, in my view, it is not an included offence under the provisions of s. 569(1) (now s. 589(1)), because the offence created by s. 281 is not necessarily

[TRADUCTION] Nous soutenons respectueusement qu'en raison de l'article 281, celui qui prend temporairement un véhicule à moteur sans le consentement du propriétaire ne commet pas toujours un vol. D'après cet article, le vol d'un véhicule à moteur doit supposer, de la part de l'accusé, l'intention de détourner le véhicule à son propre usage.

Il faut présumer, soutient-on, que lorsque le Parlement a créé l'infraction moindre définie à l'art. 281, il voulait par là restreindre la définition du vol en excluant tout acte constituant une infraction en vertu de l'art. 281.

Je ne souscris pas à cette prétention. A mon avis, lorsque l'article qu'a remplacé l'art. 281 a été adopté, le Parlement avait pour objectif non pas de modifier le droit existant relativement au vol de voitures, mais uniquement de créer une nouvelle infraction distincte afin de prévoir une peine dans certains cas, lorsqu'il était difficile ou impossible d'établir l'infraction de vol. La disposition énoncée à l'art. 281 tend uniquement à définir une infraction distincte relativement au fait de prendre des voitures. La définition du vol vise encore le fait de prendre «une chose quelconque».

L'infraction créée à l'art. 281 est définie de telle sorte que dans certains cas le prévenu pourrait être poursuivi soit en vertu de l'art. 280 soit en vertu de l'art. 281. En pareil cas, il appartient à la Couronne de choisir quelle accusation doit être portée, comme c'est le cas en vertu des par. (1) et (4) de l'art. 221 (actuellement les par. (1) et (4) de l'art. 233) lorsque les faits pourraient justifier soit une accusation de négligence criminelle dans la mise en service d'un véhicule à moteur soit une accusation de conduite dangereuse.

Le Parlement aurait pu prévoir spécifiquement, comme il l'a fait pour les infractions définies aux par. (1) et (4) de l'art. 221, que l'infraction énoncée à l'art. 281 doit être considérée comme infraction comprise à l'art. 280, mais il ne l'a pas fait. En l'absence de pareille disposition spécifique, à mon avis, elle n'est pas une infraction comprise, en vertu des dispositions de l'art. 569(1) (maintenant 589(1)), parce

included in the charge of theft, as defined in s. 269, and it is not included in the count as charged in the present case.

I agree with the Court of Appeal that all of the elements of theft, as defined in s. 269, were established in this case. The taking was intentional, under no mistake and with knowledge that the motor vehicle was the property of another. In my opinion this made the taking fraudulent. (See *R. v. Williams*[3], at p. 666.) The appellant took the vehicle without colour of right and deprived the owner of it temporarily.

In my opinion the learned trial judge erred in law in holding that because the appellant intended to return the motor vehicle he could not have intended to commit theft within s. 280, but could only have been charged under s. 281. This was a question of law on which, in my opinion, the respondent was properly entitled to appeal from the appellant's acquittal, and, accordingly, the Court of Appeal had jurisdiction to determine the appeal in the manner in which it did.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Hall, Spence and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J. (*dissenting*)—This appeal was first heard by a Bench of five of which I was one. It was re-argued before the full Court pursuant to a direction by the Court for a re-hearing. The same counsel appeared. Prior to the direction for a re-hearing I had prepared draft reasons for allowing the appeal and restoring the order of acquittal. The re-hearing has not only confirmed me in the view expressed in my draft reasons but it has persuaded me that there is also a jurisdictional ground upon which the order of acquittal should be restored. I set out below as Part I my opinion on the jurisdictional aspect.

[3] [1953] 1 Q.B. 660.

que l'infraction créée par l'art. 281 n'est pas nécessairement comprise dans l'infraction de vol, telle que définie à l'art. 269, et n'est pas comprise dans le chef d'accusation porté en la présente espèce.

Je souscris à l'avis de la Cour d'appel que tous les éléments du vol, définis à l'art. 269, ont été établis en l'espèce. L'intention était présente, il n'y a pas eu de méprise et l'on savait que le véhicule à moteur appartenait à un tiers. A mon avis, en prenant la voiture dans ces circonstances, on a agi frauduleusement. (Voir *R. v. Williams*[3] à la p. 666). L'appelant a pris le véhicule sans apparence de droit et en a temporairement privé son propriétaire.

A mon avis, le savant juge de première instance a commis une erreur de droit en décidant que parce que l'appelant avait l'intention de retourner le véhicule à moteur, il ne pouvait pas avoir eu l'intention de commettre un vol au sens de l'art. 280, mais pouvait uniquement être inculpé en vertu de l'art. 281. C'était là une question de droit sur laquelle, à mon avis, l'intimée avait le droit d'interjeter appel de l'acquittement de l'appelant, et, par conséquent, la Cour d'appel était compétente pour entendre l'appel comme elle l'a fait.

Je suis d'avis de rejeter l'appel.

Le jugement des Juges Hall, Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN (*dissident*)—Le présent appel a d'abord été entendu par cinq juges, dont moi-même. Il a été plaidé à nouveau devant la Cour en séance plénière, cette Cour ayant décidé de tenir une nouvelle audition. Les mêmes avocats ont comparu. Avant la décision de tenir une nouvelle audition, j'avais rédigé un projet de motifs dans lequel j'étais d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir l'ordonnance d'acquittement. La nouvelle audition m'a non seulement confirmé dans l'avis que j'ai exprimé dans mon projet de motifs, mais elle m'a persuadé qu'il existe aussi un motif d'ordre juridictionnel

[3] [1953] 1 Q.B. 660.

Part II is substantially my set of reasons prepared after the first hearing.

## PART I

The jurisdiction of the Ontario Court of Appeal to hear an appeal against acquittal depends on whether a question of law alone is involved in the appeal. In the present case, the point at issue was the intent associated with the offence charged. The trial judge was of the opinion that the evidence was not sufficient to establish the intent necessary to support a conviction of theft but that it was sufficient to establish a conviction of "joy-riding" under s. 281. In his reasons, he stated that there was "an absence of evidence showing intention on the part of Trudel [who had been a companion of the accused but left him before the culminating events] to commit an offence under sec. 280, but rather there is evidence of the intention to commit an offence under sec. 281". He then went on to deal with the intent of the accused which he found to be short of that required to warrant a conviction of theft. Counsel for the Crown fastened on the words "absence of evidence" to urge that a question of law was involved, but this is an unacceptable literalism when regard is had to the context.

The context is well shown by the concluding portion of his reasons where the trial judge said this:

> . . . on the basis of the findings that I have made, that is about the intentions at all times of the people who took it originally and Lafrance when he did take over the control, i.e. of the intention of returning it, and in view of the fact that he actually did deprive the owner for only a few hours of the possession of this motor vehicle, not for such a lengthy period as would lead me to a different conclusion than the one that he actually intended to return it, and in the absence of any evidence on the part of the original taker, that is Trudel, that he intended at that time to

de rétablir l'ordonnance d'acquittement. J'expose plus bas, dans la Partie I, mon avis sur ce point de juridiction. La Partie II se compose essentiellement des motifs que j'avais rédigés après la première audition.

## PARTIE I

La Cour d'appel de l'Ontario est compétente pour entendre un appel interjeté à l'encontre d'un acquittement seulement si une question de droit est en jeu dans l'appel. En l'espèce, le point en litige était l'intention reliée à l'infraction reprochée. Le juge de première instance était d'avis que la preuve ne permettait pas d'établir l'intention sur laquelle doit être fondée une déclaration de culpabilité de vol, mais qu'elle permettait d'établir une déclaration de culpabilité de «joy-riding» en vertu de l'art. 281. Dans ses motifs, il a déclaré [TRADUCTION] «qu'il n'existe aucune preuve montrant que Trudel (qui accompagnait l'accusé, mais qui l'avait quitté avant que les événements essentiels ne se produisent) avait l'intention de commettre une infraction en vertu de l'art. 280, mais qu'il existe par ailleurs des preuves d'une intention de commettre une infraction en vertu de l'art. 281». Il a ensuite abordé la question de l'intention de l'accusé, qu'il n'a pas jugée propre à justifier une déclaration de culpabilité de vol. L'avocat de la Couronne a insisté sur l'expression [TRADUCTION] «absence de preuve» pour faire valoir qu'une question de droit était en jeu, mais cette insistance sur le sens littéral est inacceptable lorsqu'on se reporte au contexte.

Dans la conclusion de ses motifs, le juge de première instance décrit bien le contexte comme suit:

> [TRADUCTION] . . . sur la base des conclusions que j'ai tirées, au sujet de l'intention constante de ceux qui l'on prise les premiers, et de l'intention constante de Lafrance lorsqu'il a pris le volant, soit l'intention de la retourner, et étant donné que ce dernier a en réalité privé le propriétaire de son véhicule uniquement pour quelques heures, non pas pour une période si longue que j'en arriverais à une conclusion différente de la conclusion qu'il avait réellement l'intention de la retourner, et en l'absence de toute preuve, de la part de celui qui l'a prise le premier, c.-à-d.

deprive the owner in such circumstances as is called for under Sec. 280, then I must conclude in view of these findings that the accused at no time, either as a party to the commission of the offence or as the main offender himself, ever intended to commit an offence under the circumstances contemplated by Sec. 280. Sec. 281 not being an included offence under Sec. 280, the charge will accordingly be dismissed.

Intent is as much a question of fact as is physical action. Here the trial judge did not conclude that there was no evidence upon which to convict for theft but that the evidence did not go far enough on the central question of intent. To differ from him on this appraisal is to differ on the factual inferences from the evidence. No question of law alone is involved.

I appreciate that this assessment depends on a prior determination that the two offences of theft and joy-riding, as set out respectively in ss. 280 and 281 (theft being defined for purposes of s. 280 in s. 269) of the *Criminal Code*, are separate offences, and that the required element of intent in each is not common to both. This is the view I hold, as will be evident from Part II hereof, and it is on this basis (which I hold is the one upon which the Ontario Court of Appeal should have proceeded) that I conclude that no question of law was involved before that Court to entitle it to interfere with the acquittal of the accused.

PART II

The Canadian *Criminal Code*, from its first promulgation in 1892, has defined theft in terms of an intent to deprive an owner "temporarily or absolutely". Clearly, these words encompassed the taking and driving of a motor vehicle without the owner's consent, albeit there was no intention of permanent deprivation. When the predecessor of s. 281 was first enacted in 1910 by 9-10 Edw. VII, c. 11, it was included in a group of provisions dealing with automobile offences and in a part of the *Criminal Code* preceding the theft sections. It was not until the

Trudel, qu'il voulait à ce moment-là priver le propriétaire dans les conditions décrites à l'art. 280, je dois conclure, étant donné ces conclusions, que le prévenu n'a jamais eu l'intention, que ce soit en sa qualité de participant à une infraction ou en sa qualité de contrevenant principal, de commettre l'infraction dans les conditions prévues à l'art. 280. L'art. 281 ne créant pas une infraction comprise à l'art. 280, l'accusation sera donc rejetée.

L'intention est autant une question de fait que l'est une action physique. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas conclu qu'il n'y avait aucune preuve sur laquelle fonder une déclaration de culpabilité de vol, mais que la preuve était insuffisante sur la question primordiale de l'intention. En différant d'avis sur cette appréciation, on diffère d'avis sur les déductions de fait tirées de la preuve. Aucune question de droit seule n'est en jeu.

Je me rends compte que cette appréciation est subordonnée à une détermination préalable que les deux infractions de vol et de «joy-riding», telles qu'elles sont établies respectivement aux art. 280 et 281 (le vol étant défini aux fins de l'art. 280 à l'art. 269) du *Code criminel*, sont des infractions distinctes, et que l'élément d'intention requis dans chacune n'est pas commun aux deux infractions. C'est là mon avis, comme la Partie II des présents motifs l'indique clairement, et c'est pour ce motif (que la Cour d'appel de l'Ontario aurait dû adopter selon moi) que je conclus qu'aucune question de droit n'était en jeu devant cette Cour-là, qui n'était donc pas autorisée à réviser l'acquittement de l'accusé.

PARTIE II

Depuis sa première promulgation en 1892, le *Code criminel* canadien a défini le vol en se référant à une intention de priver un propriétaire «temporairement ou absolument». Ces termes visent clairement le fait de prendre et de conduire un véhicule à moteur sans le consentement du propriétaire, même s'il n'y a pas eu une intention de l'en priver d'une façon permanente. Lorsque l'article qu'a remplacé l'art. 281 a été adopté pour la première fois en 1910 à 9-10 Edw. VII, c. 11, il était compris dans un groupe de dispositions portant sur les infractions relati-

Criminal Code Revision of 1953-54, c. 51 that s. 281 was separated and put under the heading of "Offences Resembling Theft".

There is, of course, nothing commanding in rules of construction that oblige this Court to defer to the arrangement from time to time of the various sections of the *Criminal Code*. They do, however, consist of separate enactments, so far as they define separate offences; and the question that is raised by the enactement of the fore-runner of s. 281, at a time when intentional temporary deprivation was part of the definition of theft, is whether the enveloping force of the present s. 294 (formerly s. 280) remained or whether the present s. 295 (formely s. 281) diminished, according to its terms, the scope of s. 294.

Parliament ought to have spoken clearly on a matter on which there was no difficulty in doing so. But it did not, and we are left to reach for policy determinants. For myself, a principal one arises from a preference against a construction that would expose an accused person to more than one offence for the same conduct. That such double exposure (even apart from conspiracy and the concurrent force of competent provincial penal legislation) is foreseeable is attested by s. 11 of the *Criminal Code*, which goes on to provide against double punishment. It seems to me, however, that where, as here, the liability to alternative offences is not obvious, it is better to avoid assigning the same act or omission to more than one defined offence rather than to rely on the punishment rule of s. 11.

On a more pragmatic plane, in extension of an argument based on the original enactment of s. 295 as an exception from s. 294, there is the fact that theft over $50 was an indictable offence under s. 294(*a*) (it is now theft over $200: see 1972 (Can.), c. 13, s. 23), punishable by a maximum prison term of ten years, while s.

ves aux voitures, dans la partie du *Code criminel* qui précédait les articles relatifs au vol. Ce n'est qu'au moment de la révision du *Code criminel*, 1953-54, c. 51, que l'art. 281 a été mis à part et placé sous la rubrique «Infractions ressemblant au vol».

Il n'existe bien sûr aucune règle d'interprétation obligeant cette Cour à se reporter à la disposition, à diverses époques, des divers articles du *Code criminel*. Ceux-ci constituent toutefois des textes législatifs distincts, dans la mesure où ils définissent des infractions distinctes; et la question soulevée par l'adoption de l'article qui a précédé l'art. 281, à une époque où l'intention de priver temporairement faisait partie de la définition du vol, est celle de savoir si la portée générale du présent art. 294 (anciennement 280) subsiste ou si le présent art. 295 (anciennement 281) a diminué, par ses termes mêmes, la portée de l'art. 294.

Le Parlement aurait dû s'exprimer clairement sur un sujet qui ne donnait lieu à aucune difficulté. Mais il ne l'a pas fait, et nous devons rechercher à cet égard, les principes directeurs. Pour ma part, il en est un, fondamental, qui découle d'une position rejetant une interprétation qui exposerait un prévenu à plus d'une infraction pour le même acte. La possibilité d'exposition à deux infractions (même en faisant abstraction du complot ou de l'application concurrente d'une loi pénale provinciale valide) ressort de l'art. 11 du *Code criminel*, qui se termine par l'interdiction d'une double punition. Il me semble toutefois que lorsque, comme en l'espèce, l'assujettissement à des infractions alternatives n'est pas évident, il est préférable d'éviter de rattacher le même acte ou la même omission à plus d'une infraction définie, plutôt que de s'en remettre à la règle établie à l'art. 11 relativement aux punitions.

Sur un plan plus pragmatique, s'ajoutant à l'argument fondé sur la prétention que l'art. 295 constituait initialement une exception à l'art. 294, il y a le fait que le vol d'un bien d'une valeur supérieure à $50 était et demeure un acte criminel en vertu de l'art. 294 *a*) (il s'agit maintenant du vol d'un bien d'une valeur supérieure

295 has from its inception been a summary conviction offence, punishable now under s. 722 by a maximum term of six months or a maximum fine of $500 or both. Although the *Criminal Code* exhibits instances where a particular offence is punishable on indictment or on summary conviction (thus permitting the Crown to elect how it will proceed), as, for example, common assault and publication of obscene matter, I cannot be persuaded that two separately defined offences, the one punishable on indictment only and the other on summary conviction only, should be merged to embrace the same facts so as to give the Crown an election not simply on the form of procedure, with its consequent punishment, but rather on the character of the substantive charge itself.

United Kingdom experience with legislation similar to that which is now s. 295 is not of direct assistance because of the differences between our respective definitions of theft. Prior to the enactment of the *Theft Act*, 1968 (U.K.), c. 60, the opinion was expressed in respect of the then s. 217 of the British *Road Traffic Act*, 1960 (U.K.), c. 16, (comparable to our s. 295) that "a person indicted for stealing a motor vehicle may be found guilty of this offence": see Harris, *Criminal Law* (21st ed. 1968), at p. 478. This result, which treats the unauthorized taking and driving of a motor vehicle as an included but not an alternative offence to theft, was made statutory under s. 12(4) of the *Theft Act*, 1968 (U. K.), c. 60. There is, however, a cardinal difference between the definition of theft under the British act and that under the Canadian *Criminal Code*; in the former it is principally defined in s. 1(1) as involving "permanent deprivation", which in turn is defined in s. 6 so as to give it an expanded meaning but yet one falling short of merely temporary taking: see Smith, *Law of Theft* (1968), at p. 46.

à $200: voir 1972 (Can.), c. 13, art. 23), alors que l'art. 295 a établi dès le début une infraction punissable en vertu de l'art. 722 par un emprisonnement d'au plus six mois ou une amende d'au plus $500 ou par les deux peines à la fois. Bien que dans le *Code criminel* il y ait des cas où une infraction particulière est punissable soit sur acte d'accusation soit sur déclaration sommaire (ce qui autorise ainsi la Couronne à choisir la façon dont elle procédera), par exemple, les voies de fait simples et la publication de matière obscènes, on en me fera jamais croire que deux infractions définies séparément, l'une punissable sur acte d'accusation seulement, et l'autre sur déclaration sommaire de culpabilité seulement, devraient être punies de façon à viser les mêmes faits et ainsi, à permettre à la Couronne de choisir non pas simplement la forme des procédures, avec la punition appropriée, mais plutôt la nature de l'accusation elle-même.

La façon dont on a abordé des dispositions législatives semblables à l'art. 295 actuel au Royaume-Uni ne nous aide pas directement, étant donné les différences entre nos définitions respectives du vol. Avant l'adoption du *Theft Act*, 1968 (R.-U.), c. 60, on a exprimé l'avis, relativement à l'art. 217 alors en vigueur du *Road Traffic Act*, 1960 (R.-U.), c. 16, (comparable à notre art. 295) que: [TRADUCTION] «peut être déclarée coupable de cette infraction une personne accusée d'avoir volé un véhicule à moteur»: voir Harris, *Criminal Law* (21e éd. 1968), p. 478. Cette conclusion, qui considère le fait de prendre et de conduire, sans autorisation, un véhicule à moteur, comme étant une infraction comprise mais non alternative relativement au vol, a été consacrée par la législation, à l'art. 12(4) du *Theft Act*, 1968 (R.-U.), c. 60. Il existe parfois toutefois une différence fondamentale entre la définition du vol en vertu de la loi anglaise et celle qui se trouve dans le *Code criminel* canadien; dans la première, le vol est principalement défini à l'art. 1(1) comme comportant le fait de «priver d'une façon permanente» (permanent deprivation), expression que l'art. 6 définit à son tour de façon à lui donner un sens plus large mais qui ne vise toutefois pas le simple fait de prendre temporairement: voir Smith, *Law of Theft* (1968), p. 46.

It is this difference in definitions, and the fact that s. 295 is directed to the taking of the motor vehicle with intent to drive or use it, without reference to or intent towards the owner, that precludes the conclusion here that s. 295 is an included offence on a charge of theft. The theory of an included offence, as reflected in s. 589 of the *Criminal Code*, is that the including offence requires proof of an element without which there is proof of another lesser offence. That is not the case as between ss. 294 and 295 when the latter involves an element not involved in the former. Sections 294 and 295 are either alternative offences to the degree to which the former is restated in s. 295 or are mutually exclusive so far as facts exist to bring s. 295 into play.

I do not think that there can be any half-way house whereby the two offences can be viewed as alternative and yet admit of separateness under particular sets of facts. If there are facts which invite a charge under s. 295 and not under s. 294, the two offences are perforce mutually exclusive, leaving as the central issue the specification or definition of the features which differentiate them. This is a matter of determining the scope of the one or the other, and however narrowly s. 295 be viewed it must to that extent have its separate identity.

There is, however, another factor which must be considered in this connection, and it reinforces my opinion of the mutual exclusiveness of the two offences. Theft is defined in s. 283 as involving a taking or conversion "fraudulently and without colour of right". Although there has appeared to be recurrent difficulty in assigning a meaning to the term "fraudulently" which is not already embraced in the other telling words of the definition of theft (that is, taking or converting without colour of right, with intent to

C'est cette différence dans les définitions et le fait que l'art. 295 vise le fait de prendre un véhicule à moteur avec l'intention de le conduire ou de s'en servir, sans mention du propriétaire ou intention quant à lui, qui nous empêchent de conclure en l'espèce que l'art. 295 est une infraction comprise dans l'accusation de vol. La théorie des infractions comprises, comme le montre l'art. 589 du *Code criminel*, est que l'infraction principale requiert la preuve d'un élément à défaut duquel une autre infraction moindre se trouve établie. Ce n'est pas le cas des art. 294 et 295 lorsque le dernier comprend un élément qui est absent dans le premier. Les articles 294 et 295 créent soit des infractions alternatives, dans la mesure où la première est reformulée par l'art. 295, soit des infractions mutuellement exclusives, pour autant qu'existent certains faits qui mettent en jeu l'art. 295.

Je ne crois pas qu'il puisse y avoir de situation transitoire permettant de considérer les deux infractions comme alternatives mais comme pouvant néanmoins être distinctes lorsqu'un ensemble particulier de faits existe. Si certains faits se prêtent à une accusation en vertu de l'art. 295 et non pas en vertu de l'art. 294, les deux infractions se trouvent nécessairement à s'exclure mutuellement, laissant à résoudre la question fondamentale: préciser ou définir les aspects qui les différencient. Il s'agit de déterminer le champ d'application de l'une ou de l'autre, et quelque stricte que soit l'interprétation de l'art. 295, celui-ci doit, dans cette mesure, avoir sa propre identité.

A cet égard, il faut toutefois considérer un autre facteur, qui renforce mon opinion que les deux infractions s'excluent mutuellement. Le vol est défini à l'art. 283 comme comportant le fait de prendre ou de détourner «frauduleusement et sans apparence de droit». Bien qu'il ait souvent été difficile, semble-t-il, d'attribuer à l'expression «frauduleusement» un sens qui n'est pas déjà compris dans les autres termes-clé de la définition du vol (soit, prendre ou détourner sans apparence de droit, avec l'inten-

deprive, etc.), the presence of the term in s. 283 and its absence from s. 295 must be given some effect: see *Marsh v. Kulchar*[4], at p. 335. I would put it that, as formulated, s. 295 does not associate with the *actus reus* of the offence and with the intent that is an element thereof the dishonesty towards the owner that is imported into the assessment of the elements of theft under ss. 283 and 294; and, moreover, as I have already noted, s. 295 does not speak in terms of an intent directed to the owner. This, in my opinion, lies behind the appraisal of the two offences made by Roach J.A. in *Regina v. Wilkins*[5]. It also emphasizes, in my view, why s. 295 cannot be an included offence within ss. 283 and 294.

For the reasons above stated, I prefer the mutually exclusive construction of ss. 294 and 295. I have not thought it necessary to reach for the maxim *specialia generalibus derogant* because it says no more than does the fact of the subsequent enactment of the forerunner of s. 295 at a time when theft, as then and now defined, included what the ancestor of s. 295 carved out in words different from those used in the definition of theft. When one examines s. 295, in its different terms defining the offence and in its character as a summary conviction offence, it is reasonable to conclude that it has taken "joy-riding", that is the unauthorized taking of a motor vehicle with the intent to drive or use it temporarily, out of the purview of the indictable offence of theft: see *Hirshman v. Beal*[6] at pp. 45 and 49.

The findings of fact in the present case bring it within s. 295 rather than within s. 294. In the result, I would allow the appeal, set aside the order of the Ontario Court of Appeal and restore the order of acquittal entered by Judge Gratton.

[4] [1952] 1 S.C.R. 330.
[5] [1964] 2 O.R. 365.
[6] (1916), 38 O.L.R. 40.

tion de priver, etc.), on doit donner quelque effet à la présence de cette expression à l'art. 283 et à son absence à l'art. 295: voir *Marsh c. Kulchar*[4], à la p. 335. Je dirais que tel que formulé, l'art. 295 n'associe pas à *l'actus reus* de l'infraction, et à l'intention qui en constitue un élément, le caractère de malhonnêteté envers le propriétaire qu'un examen des éléments du vol en vertu des art. 283 et 294 laisse voir: et, en outre, comme je l'ai déjà signalé, l'art. 295 ne parle pas d'une intention vis-à-vis du propriétaire. Cela explique, à mon avis, la façon dont le Juge d'appel Roach a abordé les deux infractions dans l'affaire *Regina v. Wilkins*[5]. Cette interprétation fait aussi ressortir, à mon avis, pourquoi l'art. 295 ne peut être une infraction comprise dans les art. 283 et 294.

Pour les motifs ci-dessus exprimés, je préfère l'interprétation selon laquelle les art. 294 et 295 s'excluent mutuellement. Je n'ai pas estimé nécessaire d'avoir recours à la maxime *specialia generalibus derogant* parce qu'elle n'est pas plus lourde de sens qu'a pu l'être l'adoption après coup du précurseur de l'art. 295, à une époque où le vol, défini de la même façon qu'à l'époque actuelle, comprenait ce que l'ancêtre de l'art. 295 a retranché par des termes différents de ceux employés dans la définition du vol. Si l'on examine l'art. 295, tant du point de vue des différents termes employés pour définir l'infraction que du point de vue de son caractère d'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, il est raisonnable de conclure qu'il a retiré le «joy-riding», soit le fait de prendre un véhicule à moteur sans autorisation avec l'intention de le conduire ou de l'employer temporairement, du champ d'application de l'acte criminel de vol: voir *Hirshman v. Beal*[6], aux pp. 45 et 49.

Les conclusions de fait tirées en l'espèce entraînent l'application de l'art. 295 plutôt que de l'art. 294. En définitive, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir l'ordonnance d'acquittement inscrite par le Juge Gratton.

[4] [1952] 1 R.C.S. 330.
[5] [1964] 2 O.R. 365.
[6] (1916), 38 O.L.R. 40.

*Appeal dismissed,* HALL, SPENCE *and* LASKIN JJ. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Claude R. Thomson, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: W. C. Bowman, Toronto.*

*Appel rejeté, les Juges* HALL, SPENCE *et* LASKIN *étant dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Claude R. Thomson, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: W. C. Bowman, Toronto.*

**Her Majesty the Queen** *Appellant*;

and

**René Gilles Vinette** *Respondent.*

1974: March 14; 1974: May 27.

Present: Laskin C.J. and Judson, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Criminal law—Murder—Accessory after the fact—Plea of guilty by principal—Admissible evidence against the accessory—Guilty knowledge—Circumstantial evidence.*

Respondent was indicted on a charge of having been an accessory after the fact to the unlawful killing of a girl by one Vincent, who had pleaded guilty of manslaughter. Respondent assisted Vincent in throwing the girl's corpse to the bottom of a flooded quarry in a weighted trunk and testified that he had done so under duress. He was found guilty by the jury. The Court of Appeal, Rinfret J.A. dissenting, quashed the conviction on the ground that the plea of guilty made by Vincent was inadmissible as evidence against his accessory. The appeal by appellant to this Court was based on the dissenting opinion of Rinfret J.A.

*Held* (Laskin C.J. and Beetz J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Judson, Pigeon and de Grandpré JJ.: Respondent was not charged jointly with Vincent. The indictable offence with which he was charged was not that of being an accomplice in the homicide, but that of being an accessory after the fact, for having received, comforted or assisted the said Vincent after the manslaughter was committed. The cases cited to the effect that if a prisoner pleads guilty it does not affect his co-prisoner thus do not apply to the circumstances before this Court. The principal and the accessory were not charged with the same offence, the charge against the accessory being that of having assisted the other party to escape justice. This offence is therefore subsequent to the principal crime and by its very nature it is subject to special rules.

A plea of guilty is admissible evidence against the person who made it. It may therefore be admitted against an accessory after the fact for the purpose of proving the principal crime, once the rule is accepted that, in such a case, evidence admissible against the principal is equally admissible against an accessory

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**René Gilles Vinette** *Intimé.*

1974: le 14 mars; 1974: le 27 mai.

Présents: Le Juge en Chef Laskin et les Juges Judson, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Droit criminel—Meurtre—Complice après le fait—Plaidoyer de culpabilité par auteur du crime— Admissibilité en preuve contre le complice—Connaissance coupable—Preuve indirecte.*

L'intimé a été accusé de complicité après le fait relativement à l'homicide coupable d'une jeune fille perpétré par un nommé Vincent, qui a plaidé coupable d'homicide involontaire. L'intimé a aidé Vincent à jeter le cadavre dans une malle lestée au fond d'une carrière inondée et a témoigné avoir ainsi agi sous l'effet de la contrainte. Il a été déclaré coupable par un jury. La Cour d'appel, le Juge Rinfret étant dissident, a cassé le verdict pour le motif que l'aveu de culpabilité fait par Vincent ne serait pas une preuve admissible contre son complice. L'appelante en appelle à cette Cour en s'appuyant sur la dissidence du Juge Rinfret.

*Arrêt* (le Juge en chef Laskin et le Juge Beetz étant dissidents): L'appel doit être accueilli.

*Les* Juges Judson, Pigeon et de Grandpré: L'intimé n'est pas un accusé conjoint avec Vincent. L'acte dont il est accusé n'est pas de complicité dans l'homicide mais de complicité après le fait, pour avoir reçu, aidé ou assisté Vincent après la perpétration de l'homicide. La jurisprudence citée à l'effet qu'un plaidoyer de culpabilité de l'un des accusés conjoints ne peut d'aucune façon être interprété contre l'autre, n'a donc pas d'application dans l'espèce. L'auteur du crime et le complice ne sont pas accusés du même délit, celui du complice consistant à avoir aidé l'autre à tenter d'échapper à la justice. C'est donc une infraction subséquente au crime principal et assujettie de par sa nature même à des règles spéciales.

Le plaidoyer de culpabilité est une preuve recevable contre son auteur. Elle doit donc être reçue contre le complice après le fait aux fins de prouver le crime principal dès que l'on admet la règle que, dans un cas semblable, la preuve recevable contre l'auteur du crime l'est également envers le complice après le fait.

after the fact. The majority of the Court of Appeal erred in regarding this evidence as evidence of a confession made in other proceedings. Here the principal himself testified that he had admitted his guilt. If the defence had any reason to question the validity of this confession it had only to cross-examine Vincent or to call witnesses, which it did not do.

The manner in which the corpse was disposed of was enough in itself to apprise the accused that he was dealing with the victim of a homicide. What was obvious to him must equally have been so to the jury. His defence consisted not of denying that he committed the act but of invoking grounds of excuse which the jury rejected by finding him guilty.

So far as lack of evidence of an autopsy is concerned, this ground could not be accepted once it was admitted that the commission of the principal crime may be proved by the confession of the principal.

*Per* Laskin C.J. and Beetz J., *dissenting*: Vincent's plea of guilty was admissible as evidence against respondent even if its probative value may have been lessened by the want of an autopsy report and by Vincent's non-recollection of the events.

As for respondent's knowledge of Vincent's responsibility for the girl's death at the time he helped him to dispose of the body, s. 23(1) of the *Criminal Code* requires proof that respondent knew at the material time, not that he should have known. Of course, such knowledge may be established circumstantially, but neither the reprehensibility of respondent's act nor any notion of presumptiveness, from either the act or the conversation of which testimony was given, can avail to support an inference to prove the required guilty knowledge beyond a reasonable doubt.

[*R. v. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50; *R. v. Berry* (1957), 26 C.R. 218; *Re Eli Rowley* (1948), 32 Cr. App. R. 147; *Barone v. United States* (1953), 205 F. 2d 909; *Colosacco v. United States* (1952), 196 F. 2d 165; *R. v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, reversing a verdict of guilty returned by a jury. Appeal allowed and case referred back to the Court of Queen's Bench, criminal

La majorité en appel a erronément considéré cette preuve comme un aveu fait dans une autre instance. Ici c'est l'auteur même du crime principal qui a témoigné s'être reconnu coupable. Si la défense voulait mettre en doute le bien-fondé de cet aveu, elle n'avait qu'à contre-interroger Vincent ou faire entendre des témoins, ce qu'elle n'a pas fait.

La façon de disposer du cadavre devait suffire à faire comprendre à l'accusé qu'il s'agissait de la victime d'un homicide. Ce qui était évident pour lui devait l'être également pour le jury. Sa défense a consisté non pas à nier avoir commis l'acte mais à faire valoir des motifs d'excuse que le jury a rejetés en le déclarant coupable.

Pour ce qui est de l'absence de preuve d'autopsie, ce motif ne peut être retenu dès que l'on admet que le crime principal pouvait être prouvé par l'aveu de son auteur.

*Le* Juge en chef Laskin et *le* Juge Beetz, *dissidents*: Le plaidoyer de culpabilité de Vincent était recevable en preuve contre l'intimé, même si sa valeur probante peut avoir été amoindrie par l'absence d'un rapport d'autopsie et par l'absence de souvenir des événements de la part de Vincent.

Quant à la connaissance par l'intimé de la responsabilité de Vincent pour la mort de la jeune fille au moment où il a aidé celui-ci à disposer du cadavre, le par. (1) de l'art. 23 du *Code criminel* exige que l'on prouve que l'intimé savait au moment pertinent, non pas qu'il aurait dû savoir. Bien entendu, cette connaissance peut être établie par les circonstances, mais ni le caractère répréhensible de l'acte de l'intimé ni une notion quelconque de caractère présomptif, soit de l'acte soit de la conversation dont on a témoigné en preuve, ne peuvent servir à étayer une déduction pour prouver au-delà de tout doute raisonnable la connaissance coupable requise.

[Arrêts mentionnés: *R. v. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50; *R. v. Berry* (1957), 26 C.R. 218; *Re Eli Rowley* (1948), 32 Cr. App. R. 147; *Barone v. United States* (1953), 205 F. 2d 909; *Colosacco v. United States* (1952), 196 F. 2d 165; *Regina v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850; *Lemay c. Le Roi*, [1952] 1 R.C.S. 232.]

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec, annulant un verdict de culpabilité rendu par un jury. Appel accueilli et cause renvoyée à la Cour du banc de la reine, juridiction criminelle, pour prononcé

side, for sentence to be pronounced; Laskin C.J. and Beetz J. dissenting.

*G. Girouard*, for the appellant.

*J. Bellemare, Q.C.*, and *F. Rainville-Laporte*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Beetz J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—There are two points in this appeal by the Crown from the judgment of the Quebec Court of Appeal, Rinfret J.A. alone dissenting in a five judge Court, setting aside a jury verdict of guilty and quashing the conviction of the respondent of being an accessory after the fact to the unlawful killing of a girl by one Vincent, who had pleaded guilty to a reduced charge of manslaughter in respect of her death. The first point concerns the admissibility against the respondent of Vincent's plea of guilty to the reduced charge of manslaughter to establish the unlawful killing of the girl. Whatever may be said of the desirability of an autopsy report to establish the cause of death, especially in the light of the fact that Vincent (who testified on the respondent's trial) remembered nothing, I am of the opinion that Vincent's plea of guilty to manslaughter was admissible against the respondent. The fact that its probative value may have been lessened by the want of an autopsy report, and by Vincent's non-recollection of the events in the light of an allegation that the girl died of an overdose of drugs, does not affect its admissibility. The jury was entitled to act on it as proof of the unlawful killing.

The second point concerns the respondent's knowledge of Vincent's responsibility for the girl's death at the time he helped him to dispose of the body. Section 23(1) of the *Criminal Code* defines an accessory after the fact to an offence as one who "knowing that a person has been a party to the offence, receives, comforts or

de la sentence. Le Juge en chef Laskin et le Juge Beetz sont dissidents.

*G. Girouard*, pour l'appelante.

*J. Bellemare, c.r.*, et *F. Rainville-Laporte*, pour l'intimé.

Le Jugement du Juge en Chef Laskin et du Juge Beetz a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Il y a deux points dans ce pourvoi du ministère public à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec qui, M. le Juge Rinfret étant seul dissident des cinq juges, a annulé le verdict de culpabilité et infirmé la condamnation de l'intimé sous l'inculpation de complicité après le fait relativement à l'homicide coupable d'une jeune fille perpétré par un nommé Vincent, qui avait plaidé coupable à l'accusation réduite d'homicide involontaire à l'égard de la mort de celle-ci. Le premier point concerne la recevabilité, à l'encontre de l'intimé, du plaidoyer de culpabilité de Vincent à l'accusation réduite d'homicide involontaire, lorsqu'on veut établir l'homicide coupable de la jeune fille. Quoi que l'on puisse dire sur la désirabilité d'un rapport d'autopsie pour établir la cause du décès, spécialement à la lumière du fait que Vincent (qui a témoigné au procès de l'intimé) ne se souvenait de rien, je suis d'avis que le plaidoyer de culpabilité de Vincent sous l'inculpation d'homicide involontaire était recevable en preuve contre l'intimé. Le fait que sa valeur probante peut avoir été amoindrie par l'absence d'un rapport d'autopsie, et par une absence de souvenir des événements de la part de Vincent à la lumière d'une allégation selon laquelle la jeune fille est morte d'une dose excessive de drogues, ne porte pas atteinte à sa recevabilité. Le jury pouvait à bon droit considérer ce plaidoyer comme preuve de l'homicide coupable.

Le second point concerne la connaissance par l'intimé de la responsabilité de Vincent pour la mort de la jeune fille au moment où il a aidé celui-ci à disposer du cadavre. Le par. (1) de l'art. 23 du *Code criminel* définit un complice après le fait d'une infraction comme celui qui «sachant qu'une personne a été partie à l'infrac-

assists him for the purpose of enabling him to escape". The only evidence of guilty knowledge adduced by the Crown was the evidence of a witness who testified that Vincent remarked to a questioner, who asked where they had been, «qu'il venait de capoter un gars dans le bout qui barbait tout le monde» and, when the questioner doubted the explanation, the respondent «a repondu c'était vrai». This conversation took place some hours after Vincent and the respondent dumped the girl's body into a quarry pit, the respondent having testified that he had assisted Vincent under duress following a threat with a weapon and after being forced to drink beer laced with a drug. The girl's body was discovered and identified fifteen days later. The Quebec Court of Appeal, Montgomery J.A. speaking for four members of the Court, was of the view that this evidence could not establish that the respondent knew of the unlawful killing at the time he helped to dispose of the body. I agree with this view.

The *Criminal Code* requires proof that the respondent accused knew at the material time, not that he should have known. Of course, such knowledge may be established circumstantially, but neither the reprehensibility of the respondent's act nor any notion of presumptiveness, from either the act or the conversation of which testimony was given, can avail to support an inference to prove the required guilty knowledge beyond a reasonable doubt. As Montgomery J.A. noted in his reasons, "there is nothing to suggest that Vincent's statement was the literal truth. If he had killed anyone it was a girl with whom he had been on friendly terms, not 'un gars . . . qui barbait tout le monde'." He went on to say that there was evidence that both Vincent and the respondent were under the influence of drugs, they were trying to explain their failure to return the automobile which the respondent had borrowed in helping Vincent to dispose of the body and they were probably trying to impress their listeners. Montgomery J.A. added that even if the respondent knew by

tion, la reçoit, l'aide ou assiste en vue de lui permettre de s'échapper». La seule preuve de connaissance coupable apportée par le ministère public a été le témoignage d'un témoin qui raconte que, à une personne qui lui demandait où ils étaient allés, Vincent a répondu «qu'il venait de capoter un gars dans le bout qui barbait tout le monde», et que, cette personne ayant mis en doute l'explication, l'intimé «a répondu que c'était vrai». Cette conversation s'est déroulée quelques heures après que Vincent et l'intimé eurent jeté le cadavre de la jeune fille au fond d'une carrière, l'intimé ayant témoigné qu'il avait aidé Vincent sous l'effet de la contrainte après avoir été menacé d'une arme et forcé de boire de la bière additionnée d'une drogue. Le cadavre de la jeune fille a été découvert et identifié quinze jours plus tard. La Cour d'appel du Québec, M. le Juge Montgomery parlant au nom de quatre des membres de la Cour, a été d'avis que cette preuve ne pouvait établir que l'intimé était au courant de l'homicide coupable au moment où il a apporté son aide pour disposer du cadavre. Je partage ce point de vue.

Le *Code criminel* exige que l'on prouve que l'intimé savait au moment pertinent, non pas qu'il aurait dû savoir. Bien entendu, cette connaissance peut être établie par les circonstances, mais ni le caractère répréhensible de l'acte de l'intimé ni une notion quelconque de caractère présomptif, soit de l'acte soit de la conversation dont on a témoigné en preuve, ne peuvent servir à étayer une déduction pour prouver au-delà de tout doute raisonnable la connaissance coupable requise. Comme M. le Juge d'appel Montgomery le note dans ses motifs, [TRADUCTION] «il n'y a rien qui indique que la déclaration de Vincent était littéralement vraie. S'il avait tué quelqu'un c'était une jeune fille avec qui il avait été en bons termes, et non pas «un gars . . . qui barbait tout le monde».» Il continue en disant qu'il y a preuve que Vincent et l'intimé étaient tous deux sous l'influence de drogues, qu'ils tentaient d'expliquer pourquoi ils n'avaient pas rapporté la voiture que l'intimé avait empruntée pour aider Vincent à disposer du cadavre et qu'ils cherchaient probablement à faire impression sur

that time that Vincent had killed the girl, some hours had elapsed since the body had been dumped.

The issue of guilty knowledge is not concluded by the submission that it was for the jury to find that as a fact. I do not think that the conversation to which the witness testified can be regarded as probative of the fact. There was no other evidence that would go to establish it.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by

PIGEON J.—This appeal by the Crown is against a judgment of the Court of Appeal of Quebec setting aside the verdict of guilty returned against respondent by a jury on a charge of having been an accessory after the fact to a homicide committed on the person of Lucie Beaudoin by one Henri Vincent. Vincent and the accused both testified at the trial. The former admitted having pleaded guilty of manslaughter and having accordingly been sentenced to nine years imprisonment. The latter did not deny having assisted in disposing of the corpse by throwing it to the bottom of a flooded quarry in a weighted trunk. His defence rested on the contention that he had been forced to do so and was under the influence of a drug.

The verdict was quashed on the ground that the plea of guilty made by Vincent was inadmissible as evidence against his accessory, the accused. The appeal to this Court is based on the dissenting opinion of Rinfret J. A., who said, *inter alia*:

[TRANSLATION] Appellant cites the two cases of *R. v. Moore*[1] and *R. v. Berry*[2].

In the first case the Court said (I am quoting the passage relied on by appellant): "If a prisoner pleads guilty, it does not affect his *co-prisoner*".

[1] (1956), 40 Cr. App. R. 50.
[2] (1957), 26 C.R. 218.

leurs auditeurs. M. le Juge Montgomery ajoute que même si l'intimé savait à ce moment-là que Vincent avait tué la jeune fille, quelques heures s'étaient écoulées depuis qu'on avait jeté le cadavre.

La question de la connaissance coupable n'est pas réglée par l'argument selon lequel il appartenait au jury d'y conclure comme fait. Je ne pense pas que la conversation qui est rapportée par le témoin puisse être considérée comme probante du fait. Il n'y a pas eu d'autre élément de preuve qui pourrait l'établir.

Je rejetterais le pourvoi.

Le jugement des Juges Judson, Pigeon et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi du ministère public est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec annulant le verdict de culpabilité rendu par un jury contre l'intimé sur une inculpation de s'être rendu complice après le fait d'un homicide commis par un nommé Henri Vincent sur la personne de Lucie Beaudoin. Vincent et l'inculpé ont tous deux témoigné au procès. Le premier a reconnu avoir plaidé coupable d'homicide et avoir été condamné en conséquence à neuf ans d'emprisonnement. Le second n'a pas nié avoir aidé à disposer du cadavre en le jetant dans une malle lestée au fond d'une carrière inondée. Sa défense consistait à soutenir qu'il avait été contraint d'agir ainsi et se trouvait sous l'influence d'une drogue.

Le motif pour lequel le verdict a été infirmé c'est que l'aveu de culpabilité fait par Vincent ne serait pas une preuve admissible contre son complice, l'inculpé. Le pourvoi est fondé sur la dissidence de M. le Juge Rinfret qui a dit notamment:

L'appelant cite les deux arrêts de *R. v. Moore*[1] et *R. v. Berry*[2].

Dans le premier (je cite l'extrait sur lequel s'appuie l'appelant), le tribunal «conclut qu'un plaidoyer de culpabilité de l'un des *accusés conjoints* ne peut d'aucune façon être interprété contre l'autre.»

[1] (1956), 40 Cr. App. R. 50.
[2] (1957), 26 C.R. 218.

In the second, Berry and Knight were charged *jointly* with murder; the Ontario Court of Appeal quashed the conviction of Berry, holding that proof of a plea of guilty by Knight was inadmissible against Berry.

In this last case Roach J. A., speaking for the Court, expressed the following opinion, already reproduced in the reasons of my colleague, Mr. Justice Montgomery, but which I take the liberty of quoting again:

> "The law is stated in *Phipson on Evidence* 9th Ed., at p. 272, to this effect that a prisoner can only be affected by the confession of himself, and not by those of, among *others*, his *accomplices* and cases are there stated to support that proposition." (Italics in the three places are mine.)

Both cases involved co-accused, accomplices in the same crime. The Court in such circumstances correctly held that the plea of guilty by one of the accused or accomplices was inadmissible to incriminate the other.

In the case at bar, however, the facts are wholly different: appellant is not charged jointly with Vincent, he is not charged with the same crime as Vincent: the indictable offence with which he is charged is not that of being an accomplice in the murder, but that of being an accessory after the fact, for having [TRANSLATION] "received, comforted or assisted the said Vincent" after the murder was committed by the latter.

The cases cited thus do not apply to the circumstances before this Court.

In my view this reasoning is wholly correct. A distinction must be made between one who is termed an accomplice because he is charged with having participated in the offence, and one who is described as an accessory after the fact, not because he participated in the offence, but because he aided the guilty party in his attempts to escape justice. As Rinfret J.A. points out, the two cases relied on by the majority in the Court of Appeal do in fact deal with co-accused.

In *Berry* the evidence for the prosecution tended to show that, while one of the accused, Berry, held the victim, the other, Knight, dealt

Dans le second, Berry et Knight sont *conjointement* accusés de meurtre; la Cour d'appel d'Ontario a infirmé la déclaration de culpabilité de Berry en déclarant que la preuve du plaidoyer de culpabilité de Knight est inadmissible contre Berry.

Dans cette dernière décision, M. le Juge Roach, au nom de la Cour exprime l'opinion suivante, déjà reproduite aux notes de mon collègue, M. le Juge Montgomery, mais que je me permets de citer de nouveau:

> [TRADUCTION] La règle de droit applicable est formulée comme suit dans Phipson on Evidence (9ième éd.), p. 272,: Un accusé n'est lié que par son propre aveu, et non par ceux qu'ont faits, entre *autres*, ses *complices*, et l'ouvrage cite des précédents à l'appui de cette assertion.» (Les mots en italique dans les trois cas sont de moi).

Il s'agit dans les deux cas d'accusés conjoints, de complices du même crime. C'est avec raison qu'en pareille circonstance, la Cour ait jugé inadmissible le plaidoyer de culpabilité de l'un des accusés ou des complices pour incriminer l'autre.

La situation se présente cependant ici sous un aspect tout à fait différent: l'appelant n'est pas un accusé conjoint avec Vincent, il n'est pas accusé du même crime que Vincent: l'acte criminel dont il est accusé, n'est pas de complicité dans le meurtre mais de complicité après le fait, pour avoir «reçu, aidé ou assisté ledit Vincent», après la perpétration du meurtre de ce dernier.

La jurisprudence citée n'a donc pas d'application dans l'espèce présentement soumise.

Ce raisonnement me semble tout à fait juste. Il importe de distinguer entre celui que l'on appelle complice parce qu'il est accusé d'avoir participé à l'acte qui constitue le crime et celui que l'on appelle complice après le fait, non pas parce qu'il a pris part au crime, mais parce qu'il a aidé au coupable à tenter d'échapper à la justice. Dans les deux arrêts sur lesquels est fondée la décision majoritaire en appel, il s'agissait bien d'accusés conjoints comme le dit M. le Juge Rinfret.

Dans *Berry*, la preuve de la poursuite tendait à démontrer que pendant que l'un des deux inculpés, Berry, tenait la victime, l'autre, un

him the blows which resulted in his death. The judge granted separate trials and Knight was tried first. Without awaiting the outcome of this trial, counsel for Knight offered a plea of guilty of manslaughter and this was accepted. At Berry's trial the judge allowed evidence of this plea of guilt to be presented, which was done through the testimony of a police officer, not of Knight. It was correctly held that such evidence was inadmissible because it was not relevant and, with respect to the other accused, was only hearsay.

The *Moore* case involved a burglary. There was no direct evidence. The other accused, one Rynn, had confessed and submitted a plea of guilty the day before the trial. The only evidence against Moore was that he had been seen in Rynn's company before and after the time when the latter commited the offence. It was quite properly held that the plea of guilty by Rynn could not be relied on to convict Moore, without other evidence of his participation in the act. In his reasons Lord Goddard L.C.J. said (at p. 54):

> . . . . . the fact that he has pleaded Guilty is no evidence against his co-prisoner. That was laid down by both Hale (*Pleas of the Crown,* Vol. I, p. 585n.) and Hawkins (*Pleas of the Crown,* Book 2, c. 46, s. 34) and also in TONGE (1662) 6 St.Tr. 225), the accepted principle being that a man's confession is evidence only against himself and not against his accomplices. If a prisoner pleads Guilty, it does not affect his co-prisoner. . . . .

Examination of the references shows that in each case co-prisoners only were involved, not accessories after the fact. Thus the note on the *Tonge* case states:

> . . . such confession so proved is only evidence against the party himself who made the confession, but cannot be made use of as evidence against any others whom on his examination he confessed to be in the Treason.

The situation is quite different when a charge of having been an accessory after the fact is involved. In such a case the principal and the accessory are not charged with the same offence, the charge against the accessory being

nommé Knight, lui portait les coups qui ont causé sa mort. Le juge accorda des procès distincts et celui de Knight eut lieu le premier. Sans en attendre la fin, l'avocat de Knight proposa un plaidoyer d'homicide, ce qui fut accepté. Au procès de Berry, le juge permit la preuve de cet aveu de culpabilité, preuve qui fut faite par le témoignage d'un policier, et non de Knight. On a jugé à bon droit que cette preuve était inadmissible en l'espèce parce que le fait n'était pas pertinent et, envers l'autre accusé, ce n'était que du ouï-dire.

Dans l'affaire *Moore,* il s'agissait d'un vol avec effraction. Il n'y avait pas de preuve directe. L'autre inculpé, un nommé Rynn, avait fait des aveux et offert un plaidoyer de culpabilité la veille du procès. La seule preuve contre Moore c'est qu'on l'avait vu en compagnie de Rynn avant et après le temps où ce dernier avait commis l'infraction. On a jugé, comme il se devait, que l'on ne pouvait pas se servir du plaidoyer de culpabilité fait par Rynn pour faire condamner Moore sans autre preuve de sa participation à l'acte. Dans ses motifs, Lord Goddard L.C.J. dit (p. 54):

> [TRADUCTION] . . . . . le fait qu'il a plaidé coupable n'est pas une preuve contre son coaccusé. C'est ce qu'ont établi les ouvrages de Hale (*Pleas of the Crown,* vol. I, p. 585n.) et de Hawkins (*Pleas of the Crown,* Livre 2, c. 46, art. 34) ainsi que l'arrêt TONGE (1662) 6 St.Tr. 225, le principe reconnu étant que l'aveu d'une personne n'est une preuve que contre elle et non contre ses complices. Si un inculpé plaide coupable, cela ne lie pas son coaccusé . . . . .

L'examen des références fait voir que dans chaque cas, il est question uniquement de coaccusés et non pas de complices après le fait. Ainsi, la note au sujet du procès *Tonge* dit:

> [TRADUCTION] . . . . . un aveu ainsi prouvé n'est une preuve que contre celui-là même qui l'a fait, il ne peut servir comme preuve contre ceux dont il a avoué la participation à la trahison.

Toute autre est la situation lorsqu'il s'agit d'une inculpation de complicité après le fait. Dans un cas semblable, l'auteur du crime et le complice ne sont pas accusés du même délit, celui du complice consistant à avoir aidé l'autre

that of having assisted the other party to escape justice. This offence is therefore subsequent to the principal crime. By its very nature it is subject to special rules. Whereas in the case of several persons accused of the same offence, each may be tried before or after the others, plead guilty before or after any of the others, or be convicted regardless of the decision against any of the others, an accessory after the fact may not be tried or tender a valid plea of guilty until the principal is convicted, so that if the latter is acquitted the accessory must of necessity be discharged.

In the *Eli Rowley* case[3], Humphreys J., delivering the unanimous opinion of the English Court of Appeal, said (pp. 149, 150 and 151):

It being a matter which had to be decided by the jury whether Stanley and Gall were or were not guilty of felony, it was quite wrong to allow the appellant to plead guilty to having done something in the shape of assisting and comforting those two persons well knowing that they had committed a felony. That was a matter which had to be tried, and if it had been tried and Stanley and Gall had been acquitted, the prosecution would have been bound to offer no evidence on this indictment against the appellant, on the ground that it would be absurd to say that he had assisted and comforted persons whom he knew had committed a felony when they had not in fact committed a felony. . . . .

. . . . . Where a prisoner is charged with the offence of being an accessory after the fact, which involves knowledge on his part that the person whom he has received and comforted had committed a felony, it is always improper to accept a plea of guilty from him until the issue has been tried by a jury, whether the other person has committed the felony or not, unless, of course, the other person pleads guilty to the felony.

In the United States, it appears to be settled law that any evidence admissible against the principal is admissible against an accessory after the fact. In *Barone v. United States*[4], the United States Court of Appeals stated (at p. 914):

[3] (1948), 32 Cr. App. R. 147.
[4] (1953), 205 F. 2d 909.

à tenter d'échapper à la justice. C'est donc une infraction subséquente au crime principal. De par sa nature même, elle est assujettie à des règles spéciales. Tandis que dans le cas de plusieurs inculpés d'un même crime chacun peut subir son procès avant ou après les autres, s'avouer coupable avant ou après n'importe quel autre, ou être condamné quelle que soit la décision contre un autre, le complice après le fait ne peut subir son procès ou offrir un plaidoyer de culpabilité valide avant que l'auteur du crime ait été trouvé coupable, de telle sorte que si celui-ci est acquitté, il doit nécessairement être libéré.

Dans l'affaire *Eli Rowley*[3], le Juge Humphreys exprimant l'opinion unanime de la Cour d'appel d'Angleterre, a dit (pp. 149, 150, 151):

[TRADUCTION] Vu que la question de savoir si Stanley et Gall étaient ou n'étaient pas coupables d'un crime devait être tranchée par le jury, c'était une grave erreur que de permettre à l'appelant de s'avouer coupable d'avoir de quelque façon assisté ou aidé ces deux personnes sachant parfaitement qu'elles avaient commis un crime. C'est une question qui devait être jugée, et si elle l'avait été et si Stantley et Gall avaient été acquittés, le poursuivant aurait été tenu de n'offrir aucune preuve à l'appui de cet acte d'accusation contre l'appelant, parce qu'il serait absurde de dire qu'il a assisté et aidé des personnes sachant qu'elles avaient commis un crime alors qu'en fait elles n'en avaient pas commis . . . .

. . . . . Lorsqu'un prévenu est inculpé d'une infraction de complicité après le fait, laquelle implique une connaissance de sa part que la personne qu'il a reçue et aidée a commis un crime, il ne convient jamais d'accepter de lui un plaidoyer de culpabilité avant que l'on ait fait décider par un jury si l'autre personne a vraiment commis le crime, à moins, évidemment, que cette autre personne ne s'avoue coupable.

Aux États-Unis, la jurisprudence semble bien fixée dans le sens que toute preuve admissible contre l'auteur du crime principal est recevable envers le complice après le fait. Dans *Barone v. United States*[4], la Cour d'appel fédérale a dit (à la p. 914):

[3] (1948), 32 Cr. App. R. 147.
[4] (1953), 205 F. 2d 909.

. . . . . On the trial of defendant as an accessory after the fact any evidence admissible to prove the principal crime was admissible against him and the evidence objected to as hearsay was not hearsay when offered as proof of the burglary and the transportation. Neal v. United States, 8 Cir., 102 F. 2d 643.

Similarly, in *Colosacco v. United States*[5], it is stated (at p. 167), a number of authorities being cited in support:

Conviction of the principal is prima facie evidence of the principal's guilt on the trial of the aider and abettor. Other evidence which would have been admissible against the principal may be admitted in evidence to prove the guilt of the principal on the trial of the aider and abettor.

A plea of guilty is obviously admissible evidence against the person who made it. It must therefore be admitted against an accessory after the fact for the purpose of proving the principal crime, once the rule is accepted that, in such a case, evidence admissible against the principal is equally admissible against an accessory after the fact, in view of the nature of the offence and the particular rules applicable to it. Moreover, in the case at bar I do not think the majority of the Court of Appeal was correct in regarding the evidence in question herein as evidence of a confession made in other proceedings. The testimony in question was not that of a third party, but that of Henri Vincent, the principal himself. Called as a witness, he said:

[TRANSLATION] I pleaded guilty to the charge of manslaughter.

In my view this clearly meant that Vincent admitted his guilt. One who says "I have confessed" *ipso facto* admits guilt, because confessions are not presumed to have been made in error. Authorities were cited to establish that a plea of guilty is not necessarily decisive, and that an accused may be allowed to withdraw it. This is true, but does not mean that such a confession is worthless. In the present case, there is proof that it was a true confession because Vincent went on to say that he had

[5] (1952), 196 F. 2d 165.

[TRADUCTION] . . . . . Au procès de l'inculpé sur l'accusation de complicité après le fait, toute preuve recevable pour établir le crime principal était recevable contre lui et la preuve à laquelle on a fait objection parce qu'elle serait du ouï-dire n'était pas du ouï-dire lorsque présentée comme preuve du vol par effraction et du transport. Neal v. United States, 8 Cir., 102F. 2d 643.

De même, dans *Colosacco v. United States*[5], on peut lire avec de nombreux arrêts cités à l'appui (à la p. 167):

[TRADUCTION] La condamnation de l'auteur du crime principal est une preuve *prima facie* de sa culpabilité lors du procès de celui qui l'a aidé et encouragé. D'autres preuves qui auraient été recevables contre l'auteur du crime principal peuvent être reçues pour établir sa culpabilité au procès de celui qui l'a aidé et encouragé.

Il est évident que le plaidoyer de culpabilité est une preuve recevable contre son auteur. Elle doit donc être reçue contre le complice après le fait aux fins de prouver le crime principal dès que l'on admet la règle que, dans un cas semblable, la preuve recevable contre l'auteur de ce crime l'est également envers le complice après le fait, vu la nature de cette infraction et les règles particulières auxquelles elle est soumise. Du reste dans le cas présent, je ne pense pas que la majorité en appel ait eu raison de considérer la preuve dont il s'agit comme celle d'un aveu fait dans une autre instance. Ce n'est pas un tiers qu'on a fait témoigner, c'est l'auteur du crime principal lui-même, le nommé Henri Vincent. C'est lui-même qui est venu dire:

J'ai plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire.

A mon avis, cela signifiait clairement que Vincent se reconnaissait coupable du crime. Celui qui dit: «J'ai fait des aveux» se reconnaît coupable par le fait même, car on ne présume pas que des aveux sont faits à tort. On cite de la jurisprudence à l'effet qu'un plaidoyer de culpabilité n'est pas nécessairement décisif et qu'un accusé peut être admis à le retirer. Cela est incontestable mais ne signifie pas qu'un tel aveu est sans valeur. Dans le cas présent, on a la preuve qu'il s'agissait d'un aveu sérieux car Vincent a ajouté

[5] (1952), 196 F. 2d. 165.

been sentenced to nine years imprisonment. If the defence had any reason to question the validity of the confession made by Vincent, it could have cross-examined him or called witnesses to dispute his statement. This it did not attempt to do.

Also, it should be noted that, quite apart from the incriminating conversation in which reference was made to having "done in", or killed, someone, the circumstances did clearly show that a homicide had been committed. One does not dispose of a corpse as was done in the case at bar except for the purpose of avoiding criminal prosecution. While it is true that in criminal proceedings the evidence must go beyond all reasonable doubt, this does not mean that the evidence must exclude any hypothesis, however improbable, that might clear the accused. Thus, against a person charged with unlawful possession, proof that the goods were recently obtained by the commission of a crime is a sufficient indication of guilt. This does not result from any express provision of the law, but from the basic importance of circumstantial evidence. The principle is of general application, as can be seen from the note on *R. v. Exall*[6], where a verdict of murder rendered on that basis is reported.

In the case at bar the manner in which the corpse was disposed of was enough in itself to apprise the accused that he was dealing with the victim of a homicide. What was obvious to him must equally have been so to the jury. Moreover, the accused chose to testify, and I see no basis for hypotheses in his favour which he did not dare suggest himself. His defence consisted not of denying that he committed the act with which he was charged, but of invoking grounds of excuse which the jury rejected by finding him guilty.

So far as lack of evidence of an autopsy is concerned, it is clear that this ground cannot be accepted once it is admitted that the commission of the principal crime may be proved by

[6] (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850.

qu'il avait été condamné à neuf ans de pénitencier. Si la défense croyait avoir quelque raison de mettre en doute le bien-fondé de l'aveu fait par Vincent, elle pouvait le contre-interroger ou faire entendre des témoins à l'encontre de sa déclaration. C'est ce qu'elle n'a pas tenté de faire.

Au reste, il faut signaler que, sans parler de la conversation incriminante où l'on a dit avoir «capoté», c'est-à-dire tué quelqu'un, les circonstances démontraient à l'évidence qu'un homicide avait été commis. On ne dispose pas d'un cadavre comme on l'a fait en ce cas-ci, si ce n'est dans le but d'éviter une condamnation criminelle. S'il est vrai qu'en matière pénale, il faut une preuve qui exclut tout doute raisonnable, cela ne signifie pas que cette preuve doit exclure toute hypothèse susceptible d'innocenter l'inculpé, si invraisemblable soit-elle. Ainsi, contre celui qui est accusé de possession illégale, la preuve qu'il s'agit d'effets récemment obtenus par la commission d'un crime suffit comme indice de culpabilité. Cela ne découle pas d'une disposition explicite de la loi mais bien du rôle fondamental de la preuve indirecte. Le principe est d'application générale comme on peut le voir dans la note sur l'affaire *Regina v. Exall*[6] où l'on relate une cause de meurtre jugée de cette façon.

Dans le cas présent, la façon de disposer du cadavre devait suffire à faire comprendre à l'accusé qu'il s'agissait de la victime d'un homicide. Ce qui était évident pour lui devait l'être également pour le jury. Du reste, l'accusé a jugé à propos de témoigner et je ne vois pas comment il pourrait y avoir lieu de faire à sa décharge des hypothèses qu'il n'a pas osé suggérer. Sa défense a consisté non pas à nier avoir commis l'acte qui lui est reproché, mais à faire valoir des motifs d'excuse que le jury a rejetés en le déclarant coupable.

Quant à l'absence de preuve d'autopsie, il est évident que ce motif ne saurait être retenu dès que l'on admet que le crime principal peut être prouvé par l'aveu de son auteur. Du reste, la

[6] (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850.

the confession of the principal. Furthermore, the rule applicable to an alleged omission by the Crown to tender all possible evidence is settled by the decision of this Court in *Lemay v. The King*[7]. Cartwright J., agreeing with the majority in this regard, said (at p. 256):

> In my respectful opinion the learned trial judge erred in law in instructing himself that there is a rule of law such as he deduced from the judgment of the Court of Appeal in LeMay (No. 1) viz: that the unexplained omission on the part of the Crown to call a witness shewn by the evidence to have been in a position to give relevant and material evidence as to the guilt or innocence of the accused necessitates an acquittal.

As for the other grounds raised against the verdict by the accused, they are dealt with to my entire satisfaction in the reasons of Rinfret J.A.

On the whole, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, restore the verdict and refer the case back to the Court of Queen's Bench (Crown Side) for passing sentence.

*Appeal allowed and case referred back to the Court of Queen's Bench for passing sentence,* LASKIN C.J. *and* BEETZ J. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Gérard Girouard, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Jacques Bellemare, Montreal.*

règle à suivre au sujet de l'omission par la poursuite d'une preuve possible a été bien établie par l'arrêt de cette Cour dans *Lemay c. Le Roi*[7]. M. le Juge Cartwright, d'accord avec la majorité sur ce point-là, a dit (à la p. 256):

> [TRADUCTION] Je suis respectueusement d'avis que le savant juge de première instance a commis une erreur de droit en croyant devoir déduire de l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire Lemay (n° 1) la règle suivante, savoir: l'omission inexpliquée du ministère public de faire entendre un témoin qui, selon la preuve, aurait été en mesure de donner un témoignage pertinent et important relativement à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé, entraîne nécessairement un acquittement.

Pour ce qui est des autres moyens que l'inculpé a soulevés à l'encontre du verdict, M. le Juge Rinfret en dispose dans ses notes à mon entière satisfaction.

Sur le tout, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de rétablir le verdict de culpabilité et de renvoyer l'affaire à la Cour du banc de la reine, juridiction criminelle, pour le prononcé de la sentence.

*Appel accueilli et cause renvoyée à la Cour du banc de la reine pour prononcé de la sentence. Le Juge en chef* LASKIN *et le Juge* BEETZ *sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante: Gérard Girouard, Montréal.*

*Procureur de l'intimé: Jacques Bellemare, Montréal.*

[7] [1952] 1 S.C.R. 232.

[7] [1951] 1 R.C.S. 232.

**The Minister of National Revenue** *Appellant*;

and

**Ernest G. Stickel** *Respondent.*

1973: November 8, 9; 1974: May 27.

Present: Judson, Ritchie, Spence, Pigeon and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation — Income tax — Exemption — American citizen carrying out a contract in Canada—Canada-United States of America Tax Convention, Article VIIIA—Applicability.*

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal setting aside a decision of the Trial Division of the Federal Court. Appeal dismissed.

*N. A. Chalmers, Q.C.*, and *R. G. Pyne*, for the appellant.

*P. G. C. Ketchum*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—The question to be determined in this appeal is whether the respondent Ernest G. Stickel qualifies for exemption from Canadian income tax on his teaching income earned in Canada beginning July 1, 1967, and ending June 30, 1969. The exemption is claimed under Article VIIIA of the Canada-United States of America Tax Convention, which, by statute, has the force of law in Canada. This particular Article came into force in 1950. It reads as follows:

A Professor or teacher who is a resident of one of the contracting states who temporarily visits the other contracting state for the purpose of teaching, for a period not exceeding two years, at a university, college, school or other educational institution in such other state, shall be exempted by such other state from tax on his remuneration for such teaching for such period.

The respondent was born in the United States and lived and worked there for the whole of his life before entering Canada in July 1967 to

**Le Ministre du Revenu National** *Appelant*;

et

**Ernest G. Stickel** *Intimé.*

1973: les 8 et 9 novembre; 1974: le 27 mai.

Présents: Les Juges Judson, Ritchie, Spence, Pigeon et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Revenu—Impôt sur le revenu—Exemption—Citoyen américain remplissant contrat au Canada—Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis, art. VIIIA—Applicabilité.*

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel fédérale infirmant une décision de la Cour fédérale, première instance. Appel rejeté.

*N. A. Chalmers, c.r.*, et *R. G. Pyne*, pour l'appelant.

*P. G. C. Ketchum*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—La question à décider en ce pourvoi est de savoir si l'intimé Ernest G. Stickel peut bénéficier de l'exonération de l'impôt sur le revenu canadien pour son revenu d'enseignement gagné au Canada du 1er juillet 1967 au 30 juin 1969. Il réclame cette exonération en vertu de l'Article VIIIA de la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, laquelle, par législation, a force de loi au Canada. L'article en question est entré en vigueur en 1950. Il se lit comme suit:

Tout professeur ou instituteur qui réside dans l'un des États contractants et fait un séjour temporaire dans l'autre État contractant afin d'enseigner, pendant une période n'excédant pas deux ans, dans une université, un collège, une école ou une autre institution d'enseignement dans cet autre État, est exonéré par cet autre État de l'impôt sur la rémunération qu'il reçoit pour cet enseignement pendant ladite période.

L'intimé est né aux États-Unis et il y avait vécu et travaillé toute sa vie lorsqu'il est entré au Canada en juillet 1967 afin d'y remplir un

begin a two-year teaching contract with the University of Alberta. This teaching period ended June 30, 1969, but he did not return to reside in the United States until March 9, 1970. During this period he held two other non-teaching jobs.

I agree with the summary of the evidence made by the Federal Court of Appeal in the following paragraph:

In our view, the balance of probability on the evidence is that the appellant, who was resident in the United States, had given some thought to the possibility of moving to Canada before he obtained an opportunity to take a two-year term appointment at the University of Alberta, that he discussed the project with his family, who were not enthusiastic about the prospect of a permanent move to Canada, and that they reached a joint decision to go to Canada for the two-year appointment only but on the understanding that during that two-year period they might reconsider the possibility of making their permanent home in Canada. On those facts, having regard to the necessity of interpreting the words "temporarily visits" as including visiting for the purpose of teaching for a period as long as two years, we are agreed that the appellant was a person who temporarily visited Canada for the purpose of teaching at a university for a period not exceeding two years.

In the Federal Court the judge of first instance decided that the respondent failed to qualify for exemption under Article VIIIA because his visit to Canada exceeded "a period not exceeding two years". The Federal Court of Appeal held the contrary opinion, namely, that he did qualify as a person who temporarily visited Canada for the purpose of teaching at a university for a period not exceeding two years. With this view I agree.

The judge of first instance found it unnecessary to determine whether the respondent was at the time he entered Canada a resident of the United States. The Federal Court of Appeal found that he was and that he remained a resident of his native land notwithstanding the fact that he brought his family with him, closed his

contrat d'enseignement de deux ans qu'il avait conclu avec l'Université de l'Alberta. Cette période d'enseignement s'est terminée le 30 juin 1969, mais il n'est retourné vivre aux États-Unis que le 9 mars 1970. Pendant cette période, il a tenu deux autres emplois non reliés à l'enseignement.

J'adopte le résumé de la preuve fait par la Cour d'appel fédérale dans l'alinéa que voici:

À notre avis, d'après la preuve, il est probable que l'appelant qui résidait aux États-Unis, avait songé à s'installer au Canada avant même d'avoir eu l'occasion d'accepter un engagement de deux ans à l'Université de l'Alberta. Il est aussi probable qu'il avait débattu ce projet avec sa famille que la perspective d'une installation permanente au Canada n'enthousiasmait pas et qu'ils ont décidé d'un commun accord d'aller au Canada pour une période de deux ans, étant toutefois entendu que pendant cette période, ils pourraient réexaminer la possibilité d'un établissement permanent au Canada. D'après ces faits, vu la nécessité d'interpréter les mots «qui fait un séjour temporaire» de manière à inclure un séjour effectué afin d'enseigner pendant une période de deux ans, nous admettons que l'appelant séjournait temporairement au Canada afin d'enseigner dans une université pendant une période n'excédant pas deux ans.

En Cour fédérale, le juge de première instance a décidé que l'intimé n'est pas devenu admis à bénéficier de l'exonération prévue par l'Article VIIIA, parce que son séjour au Canada a dépassé «une période n'excédant pas deux ans». La Cour d'appel fédérale a opté pour l'avis contraire, à savoir, qu'il est devenu admis à bénéficier de l'exonération en tant que personne qui a séjourné temporairement au Canada afin d'enseigner dans une université pendant une période n'excédant pas deux ans. Je souscris à ce point de vue.

Le juge de première instance a jugé inutile de déterminer si l'intimé était un résident des États-Unis à l'époque où il est entré au Canada. La Cour d'appel fédéral a conclu qu'il l'était et qu'il est demeuré un résident de son pays natal en dépit du fait qu'il a amené sa famille avec lui,

house in the United States and dispersed some of his belongings.

I am not overlooking the fact that the respondent paid no tax in the United States on the income in question here. There is evidence that the United States tax authority has treated him as a non-resident in respect of this income. Although the evidence is scanty, I am prepared to infer that this must have been as a result of some representation made by the respondent to the United States tax authority. Our problem is whether he comes within the treaty giving him exemption for Canadian tax on his Canadian income, and on this issue I agree with the Federal Court of Appeal that he does and on both the grounds given by that Court.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: D. S. Thorson, Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Crockett, Hattersley, Ketchum & Niziol, Edmonton.*

fermé sa maison aux États-Unis et dispersé certains de ses biens.

Je ne perds pas de vue le fait que l'intimé n'a payé aucun impôt aux États-Unis sur le revenu dont il est ici question. Il y a preuve comme quoi le fisc américain l'a traité comme un non-résident à l'égard de ce revenu. Même si la preuve est mince, je suis disposé à déduire que cela a dû être en conséquence d'observations faites par l'intimé au fisc américain. Notre difficulté est de déterminer s'il est visé par le traité lui accordant une exonération de l'impôt canadien sur son revenu canadien, et sur ce point je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale qu'il l'est et sur les deux motifs énoncés par cette dernière.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelant: D. S. Thorson, Sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé: Crockett, Hattersley, Ketchum & Niziol, Edmonton.*

**Paul Trudel** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Clairol Inc. of Canada** (*Plaintiff*) *Respondent.*

1973: February 19, 20; 1974: May 27.

Present: Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Injunction—Sale of goods—Haircoloring—Special packaging for professional use—Undertaking signed by distributors—Sale for personal use prohibited—Code of Civil Procedure, Art. 752.*

Respondent manufactures and sells a haircoloring called "Miss Clairol Hair Color Bath". It maintains for this preparation two separate markets: one for personal use at home, the other for professional use in beauty salons or hairdressing schools. The product is identical in both cases; the difference lies in the distribution, packaging and pricing. The product for home use is sold to wholesalers who resell it to various dealers who sell it at retail. The product for professional use is sold to wholesalers with the understanding that they will only sell it to hairdressers or other professionals in the trade, who use it in the course of their professional operations. It is sold at a price substantially less than that of the product for personal use and the "directions" for use packed with each bottle intended for personal use are not packed with each bottle for professional use. However, there is on every bottle a warning concerning the possibility of skin irritation or loss of sight that could result from using this product unless certain precautions are taken.

Respondent sells the product for professional use only to wholesalers who agree to sign an undertaking whereby they promise to sell the preparation only to professionals who use it only in their establishments. Appellant, who is the owner of seven hairdressing establishments, sells this product at retail. As he is not a wholesaler authorized by respondent to sell this product, he has never signed the undertaking. Appellant appeals to this Court from a judgment of the Superior Court, affirmed by the Court of Appeal, which granted an injunction prohibiting him from continuing to sell this product.

**Paul Trudel** (*Défendeur*) *Appelant*;

et

**Clairol Inc. of Canada** (*Demanderesse*) *Intimée.*

1973: les 19 et 20 février; 1974: le 27 mai.

Présents: Les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon et Laskin.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Injonction — Vente — Colorant capillaire—Emballage, différent pour usage professionnel—Marché distinct—Engagement signé par distributeurs—Vente pour usage personnel interdite—Code de procédure civile, art. 752.*

L'intimée fabrique et vend un colorant capillaire appelé «Miss Clairol Hair Color Bath». Elle maintient pour ce produit deux marchés distincts, l'un pour usage personnel à domicile, l'autre pour usage professionnel dans les salons ou écoles de coiffure. Le produit est identique dans les deux cas; la différence est dans la distribution, la présentation et le prix. Le produit pour usage personnel est vendu à des grossistes qui le revendent à divers commerçants qui le vendent en détail. Le produit pour usage professionnel est vendu à des grossistes chargés de le vendre uniquement à des coiffeurs ou autres professionnels de la coiffure qui l'utilisent dans l'exercice de leur profession. Il est vendu à un prix substantiellement moindre que le produit pour usage personnel et chaque bouteille n'est pas livrée avec les «directions» jointes à chaque bouteille du produit pour usage personnel relativement à son utilisation. Cependant toutes les bouteilles portent une mise en garde contre l'irritation de la peau et la perte de la vue susceptibles d'être causés par l'utilisation du produit sans certaines précautions.

L'intimée ne vend le produit pour usage professionnel qu'à des grossistes qui consentent à signer une formule où ils s'engagent à ne le vendre qu'à des professionnels qui en font usage dans leurs établissements seulement. L'appelant, qui est propriétaire de sept maisons de coiffure, vend ce produit en détail pour usage personnel, sans être un grossiste autorisé par l'intimée à le vendre, et par conséquent sans avoir signé l'engagement. L'appelant se pourvoit à cette Cour d'un jugement de la Cour supérieure, confirmé par la Cour d'appel, prononçant une injonction lui interdisant de continuer cette vente du produit.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Ritchie, Spence, Pigeon and Laskin JJ.: Appellant, by inducing party to a breach of the contract between respondent and each of its agents, committed a delict for which he is liable, because it is an act of dishonesty to be associated knowingly with a breach of contract. He was aware of respondent's policy and instructions concerning the sale of its product. He had an obligation not to prejudice respondent by favouring even indirectly a breach of an undertaking which was justified by a significant interest and which was validly assumed. Appellant has been unable to cite anything contrary to these principles of jurisprudence and case law on which the trial judge and the Court of Appeal have mainly relied in reaching their conclusions. Furthermore, in the record of the present case there are none of the elements required to conclude that the contracts between respondent and its distributors are invalid.

With regard to the right to an injunction, art. 752 of the *Code of Civil Procedure* states that one may demand an injunction by action. The circumstances in which one may do so are not specified. Consequently it is matter of a discretionary power to be exercised having in mind the principles established in common law jurisdictions, since this is a remedy taken from them. Nothing was said which would tend to show that there was a departure from those principles in granting an injunction to prohibit appellant from continuing an operation which was held to infringe the rights of respondent.

*Per* Abbott and Judson JJ.: If the system of distribution adopted by respondent is reasonable and not contrary to law or to the public interest, then it is a wrongful act deliberately to frustrate the steps taken by respondent to safeguard the public, and at the same time itself. By selling to the general public the product intended for professional use only, appellant may be exposing respondent not only to damages but to the loss of goodwill that may result through users obtaining unsatisfactory results.

[*Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.* (1965), 48 C.P.R. 109; *In re Apollinaris Company's Trade-Marks*, [1891] 2 Ch. 186; *North Western Salt Company Limited v. Electrolytic Alkali Company Limited*, [1914] A.C. 461; *Tripoli Company Inc. v. Wella Corporation* (1970), 425 F. 2d 932; *Côté v. Morgan* (1881), 7 S.C.R. 1; *Godfrey Etc. Ltd v. Coles Book Stores Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 362, referred to.]

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté.

*Les* Juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon et Laskin: L'appelant en se rendant complice de la violation du contrat intervenu entre l'intimée et chacun de ses agents a commis une faute délictuelle entraînant sa responsabilité car il y a faute contre l'honnêteté de s'associer sciemment à la violation d'un contrat. Il connaissait la politique et les instructions de l'intimée quant à la vente du produit. Il avait l'obligation de ne pas nuire à l'intimée en favorisant même indirectement la violation d'un engagement justifié par un intérêt sérieux et validement assumé. L'appelant n'a rien pu citer à l'encontre de ces principes de doctrine et de jurisprudence qui ont servi de base principale aux conclusions du premier juge et de la Cour d'appel. De plus dans le présent dossier il ne se trouve aucun des éléments requis pour conclure à la nullité des contrats entre l'intimée et ses distributeurs.

Quant au droit à l'injonction, l'art. 752 du *Code de procédure civile* reconnaît que l'on peut demander par action une injonction. Les cas dans lesquels on peut le faire ne sont pas spécifiés. Par conséquent, il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire qui s'exerce en s'inspirant des principes suivis dans les juridictions de *Common law* puisqu'il s'agit d'un recours qu'on y a emprunté. On n'a rien dit qui tend à démontrer que l'on avait dérogé à ces principes on accordant une injonction pour empêcher l'appelant de continuer une opération que l'on a jugée contraire aux droits de l'intimée.

*Les* Juges Abbott et Judson: Si le système de distribution adopté par l'intimée est raisonnable et ne va pas à l'encontre de la loi ou du bien public, alors il serait injuste de contrecarrer les mesures prises par l'intimée pour protéger le public et, en même temps, se protéger elle-même. En vendant le produit pour usage professionnel au grand public, l'appelant peut exposer l'intimée non seulement à des dommages-intérêts mais aussi à la perte de clientèle pouvant résulter de résultats non satisfaisants obtenus par les usagers.

[Arrêts mentionnés: *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.* (1965), 48 C.P.R. 109; *In re Apollinaris Company's Trade-Marks*, [1891] 2 Ch. 186; *North Western Salt Company Limited v. Electrolytic Alkali Company Limited*, [1914] A. C. 461; *Tripoli Company Inc. c. Wella Corporation* (1970), 425 F. 2d 932; *Côté c. Morgan* (1881), 7 R.C.S. 1; *Godfrey Etc. Ltd. v. Coles Book Stores Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 362.]

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Province of Quebec[1], affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

*J. A. Robb, Q.C.*, and *Gérald Tremblay*, for the appellant.

*John Bishop, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Abbott and Judson JJ. was delivered by

ABBOTT J.—I agree with Pigeon J. that this appeal should be dismissed. I do so on the basis stated by Montgomery J.A., (whose reasons were concurred in by Tremblay C.J.Q., and Rinfret J.A.), in the following terms with which I am in respectful agreement and which I adopt:

In *Ross v. Dunstall, Ross v. Emery*, (1921) 62 S.C.R. 393, (commonly known as the *Ross Rifle* cases) the Supreme Court held that a manufacturer may be held liable for damages for placing a potentially dangerous product in the hands of the public, even though there be no contractual relationship between him and the person suffering the damages. It further appears from these cases that a manufacturer may be liable even for damages caused by the misuse of his product, provided that it be reasonably previsible that such misuse may occur if the product should fall into the hands of persons not sufficiently instructed in its use. I therefore find it reasonable that a manufacturer should take steps to insure that his product shall not fall into the hands of the public without proper instructions for its use and a warning as to the dangers of misuse. On the other hand, I see no reason why a manufacturer should not be permitted to make a separate distribution to a special class of customers who, by reason of their training and experience, do not require this warning. If, as I believe to be the case, the system of distribution adopted by Respondent is reasonable and not contrary to law or to the public interest, then it is in my opinion a wrongful act deliberately to frustrate the steps taken by Respondent to safeguard the public, and at the same time itself. By selling to the general public the hair dye package for professional use only, Appellant may be exposing Respondent not only to actions in damages but to the loss of goodwill that

[1] [1972] C.A. 53.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec[1], confirmant un jugement de la Cour supérieure. Appel rejeté.

*J. A. Robb, c.r.*, et *Gérald Tremblay*, pour l'appelant.

*John Bishop, c.r.*, pour l'intimée.

Le jugement des Juges Abbott et Judson a été rendu par

LE JUGE ABBOTT—Je suis d'accord avec M. le Juge Pigeon que l'appel doit être rejeté. Je le fais en me fondant sur les motifs énoncés dans les termes suivants par M. le Juge d'appel Montgomery, (auxquels ont souscrit M. le Juge en chef Tremblay, et M. le Juge d'appel Rinfret), lesquels je partage respectueusement et adopte:

[TRADUCTION] Dans les affaires *Ross c. Dunstall, Ross c. Emery*, (1921) 62 R.C.S. 393, (généralement connues sous le nom d'affaires *Ross Rifle*) la Cour suprême a statué qu'un manufacturier peut être passible de dommages-intérêts s'il met à la disposition du public un produit potentiellement dangereux, même s'il n'existe pas de lien contractuel entre lui et la personne qui subit le préjudice. Il semble en outre ressortir de ces arrêts qu'un manufacturier peut même être tenu responsable des dommages causés par le mauvais emploi de son produit pourvu qu'il soit raisonnablement prévisible que la chose peut arriver si le produit tombe entre les mains de personnes insuffisamment averties de son mode d'emploi. Je trouve donc raisonnable qu'un manufacturier doive prendre des mesures pour s'assurer que son produit ne tombe pas entre les mains du public sans directives appropriées quant à son emploi et sans mise en garde contre les dangers d'un mauvais emploi. D'autre part, je ne vois pas pourquoi il ne serait pas permis à un manufacturier de faire une distribution distincte à une catégorie spéciale de clients qui, en raison de leur formation et de leur expérience, n'ont pas besoin de cette mise en garde. Si—je crois que c'est ici le cas—le système de distribution adopté par l'intimée est raisonnable et ne va pas à l'encontre de la loi ou du bien public, alors je suis d'avis qu'il serait injuste de contrecarrer les mesures prises par l'intimée pour protéger le public et, en même temps, se protéger elle-même. En vendant le colorant capillaire au

[1] [1972] C.A. 53.

may result through users obtaining unsatisfactory results and suffering damages not readily appreciable in money.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

The judgement of Martland, Ritchie, Spence, Pigeon and Laskin JJ. was delivered by

PIGEON J.—By way of introduction, I shall quote the following passages from the judgment of the Superior Court:

[TRANSLATION] Plaintiff manufactures and sells various preparations for the care or beautification of the hair, including a haircoloring called "Miss Clairol Hair Color Bath". It has decided to maintain for this preparation two separate markets: one for those who make personal use of it at home, the other for those who use it professionally in beauty salons or hairdressing schools.

In both cases, the product is identical; the difference lies in the distribution, packaging and pricing of the product. The "Miss Clairol" for home use is sold to wholesalers who resell it to various dealers (pharmacists being dealers in this line); these in turn sell it to customers at retail for their personal use. The "Miss Clairol" for professional use is sold to wholesalers with the understanding that they will only sell it to hairdressers or other professionals in the trade, who use it in the course of their professional operations. . . .

To ensure that the "Miss Clairol" for professional use is used only by hairdressers or owners of beauty salons, plaintiff sells it only to wholesalers who agree to sign an undertaking, a copy of which is on record as Exhibit P-3 (English text) or P-25 (French version).

In signing this form, the distributor assumes certain obligations; he undertakes among other things to sell the "Miss Clairol" preparation only to professionals (owners of salons or hairdressing schools and beauticians), who do not resell it but use it only in their establishments.

One of the reasons for prohibiting the resale of the product intended for professional use to those who would make personal use of it is to be found in form

Je suis donc d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Le jugement des Juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon et Laskin a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Pour situer le litige, je citerai les passages suivants du jugement de la Cour supérieure:

La demanderesse fabrique et vend divers produits pour le soin ou la beauté des cheveux dont un colorant capillaire appelé «Miss Clairol Hair Color Bath». Elle entend maintenir deux marchés distincts pour ce produit: l'un destiné à ceux qui en font un usage personnel à domicile, l'autre destiné à ceux qui en font un usage professionnel dans les salons ou les écoles de coiffure.

Dans les deux cas, le produit est identique; la différence est dans la distribution, la présentation et le prix du produit. Le Miss Clairol pour usage à domicile est vendu à des grossistes qui le revendent à divers commerçants (dans ce domaine, les pharmaciens en sont); ces derniers le vendent en détail à ceux qui en font un usage personnel. Le Miss Clairol pour usage professionnel est vendu à des grossistes chargés de le vendre uniquement à des coiffeurs ou autres professionnels de la coiffure, qui l'utilisent dans l'exercice de leurs professions. . . . .

Afin de s'assurer que le Miss Clairol pour usage professionnel ne soit utilisé que par les coiffeurs ou propriétaires de salons de beauté, la demanderesse ne le vend qu'à des grossistes qui consentent à signer une formule d'engagement, dont un exemplaire est produit comme pièce P-3 (texte anglais) ou P-25 (version française).

Dans cette formule, le distributeur assume certaines obligations; il s'engage entre autres choses à ne vendre le produit Miss Clairol qu'à des professionnels (propriétaires de salon ou école de coiffure et esthéticiens), qui ne le revendent pas mais en font usage dans leurs établissements seulement.

L'une des raisons de cette interdiction de revendre le produit destiné à l'usage professionnel à ceux qui en feraient un usage personnel apparaît à la formule

P-3 or P-25. Plaintiff sells this product at a lower price, following established practice in the industry, in order to be competitive. The price differential is quite substantial, as defendant realizes a profit on the resale of the product for professional use at $1.29, while he has to resell the product for personal use at $1.95. . . .

Raising the discussion above considerations of personal interest, plaintiff points out that every bottle of the product for personal use is accompanied by practical suggestions as to the choice of the shade of the haircoloring, and in particular by instructions or "directions" for its use. A consumer unaware of these precise instructions would risk unfortunate results: a colour other than that desired, a colour which changes rapidly in sunlight or, even more serious, an allergy from the "Miss Clairol" preparation. The packaging of every bottle of the product for personal use recommends a preliminary test on the skin to detect any allergy to the preparation; it also carries the following warning:

> "This product contains ingredients which may cause skin irritation on certain individuals, and a preliminary test according to accompanying directions should first be made. This product must not be used for dyeing the eyelashes or eyebrows; to do so may cause blindness."

This important warning is not considered necessary for the professional, who is already aware of the possible danger and of the precautions to be taken in choosing and applying the haircoloring. On every bottle of the product intended for professional use, which is resold to customers for personal use, the above instructions and warning are accordingly absent. . . .

Defendant is the owner of seven hairdressing establishments. In these he sells beauty preparations, including 300 or 400 bottles a week of "Miss Clairol for professional use"; he sells this product at retail to individuals for their personal use. As he is not a wholesaler authorized by plaintiff to sell this product, he has never signed the undertaking of which a copy is on record as Exhibits P-3 and P-25.

It must be noted immediately that there is in this statement of the facts an error which remained unnoticed in the Court of Appeal. In point of fact, the following warning is to be found on the label of the product for professional use:

P-3 ou P-25. La demanderesse vend ce produit à un prix moindre, selon la coutume établie dans l'industrie, afin de faire face à la concurrence. L'écart du prix est assez substantiel, puisque le défendeur revend avec profit le produit pour usage professionnel au prix de $1.29, alors qu'il doit revendre au prix de $1.95 le produit pour usage personnel. . . . .

Élevant le débat au-dessus des considérations fondées sur son intérêt personnel, la demanderesse fait observer que chaque bouteille du produit pour usage personnel est accompagnée de suggestions utiles sur le choix de la teinte du colorant et surtout d'indications ou de «directives» pour son utilisation. Un consommateur, ignorant ces indications précises, s'exposerait à des résultats fâcheux; une coloration autre que celle désirée, une coloration qui s'altère rapidement au soleil ou, ce qui est plus grave, une allergie au produit Miss Clairol. L'emballage de chaque bouteille du produit pour usage personnel recommande une épreuve préliminaire sur la peau pour déceler toute allergie au produit; il comporte aussi l'avertissement suivant:

> «Ce produit contient des ingrédients susceptibles de causer l'irritation de la peau de certaines personnes. Un examen basé sur les directions ci-données devrait être fait avant usage. Ce produit ne doit pas être utilisé pour teinter les cils et les sourcils, ce qui pourrait causer l'aveuglement.»

Cette importante mise en garde n'est pas jugée nécessaire pour le professionnel déjà instruit du danger éventuel et des précautions à prendre dans le choix et l'application du colorant. Chaque bouteille du produit pour usage professionnel revendue à des clients pour en faire un usage personnel n'est donc pas accompagnée des indications et de l'avertissement ci-dessus. . . . .

Le défendeur est propriétaire de sept maisons de coiffure. Il y vend des produits de beauté, entre autres quelque 300 ou 400 bouteilles par semaine de «Miss Clairol pour usage professionnel»; il vend ce produit en détail à des personnes qui en font un usage personnel. N'étant pas un grossiste autorisé par la demanderesse à vendre ce produit, il n'a jamais signé l'engagement dont un exemplaire est produit comme pièces P-3 et P-25.

Il convient de noter dès maintenant qu'il y a dans cet exposé des faits une erreur qui est restée inaperçue en Cour d'appel. En fait, on trouve sur l'étiquette du produit pour usage professionnel l'avertissement suivant:

CAUTION. This product contains ingredients which may cause skin irritation on certain individuals, and a preliminary test according to accompanying directions should first be made. This product must not be used for dyeing the eyelashes or eyebrows, as this could result in loss of sight.

The evidence shows, moreover, that each package contains as many copies of the "directions" as there are bottles, so that appellant can supply them with every purchase, as he has in fact done to a certain extent. This means, therefore, that inasmuch as the injunction restraining appellant from selling for personal use the product packaged for professional use is based upon the potential danger of the preparation, the case might easily be disposed of by limiting the injunction to a prohibition to deliver the product without an accompanying copy of the "directions". As this, however, would not give respondent what it is mainly seeking, namely the discontinuation of such sales for personal use, we must examine the validity of the other ground accepted by the Superior Court judge in his discussion of the law, the substance of which is in the following passages:

[TRANSLATION] . . . It is clear that if defendant becomes party to a breach of the contract between plaintiff and each of its agents, he commits a delict for which he is liable (H. et L. Mazeaud et Tunc, *Traité de la responsabilité civile,* 6th ed. 1965, Vol. I, no. 144, page 175); for it is an act of dishonesty to be associated knowingly with a breach of contract (Lalou et Azard, *Traité de la responsabilité civile,* 6th ed. 1962, no. 716, page 449). . . .

Defendant is aware of plaintiff's policy and instructions concerning the sale of its products. The contractual prohibition against retail resale is mentioned in the action herein; it was already stated in the notice printed on the packages of the product as early as 1966 . . .

Defendant has an obligation not to prejudice plaintiff by favouring even indirectly a breach of the undertaking previously quoted; for this undertaking not to resell the product at retail is justified both by a significant interest on the part of plaintiff and, to a certain degree, by the public interest. Everyone has a moral obligation not to contribute to the breach of a validly assumed undertaking; contravention of this

AVERTISSEMENT. Ce produit contient des ingrédients susceptibles de causer l'irritation de la peau de certaines personnes, et un examen basé sur les directions ci-données devrait être fait avant usage. Ce produit ne doit pas être utilisé pour teindre les cils ou les sourcils, car il pourrait entraîner la perte de la vue.

De plus, la preuve démontre que chaque emballage renferme autant d'exemplaires des «directions» que de bouteilles de telle sorte que l'appelant est en mesure d'en fournir avec chaque achat, comme il l'a d'ailleurs fait dans une certaine mesure. Cela veut donc dire que pour autant que l'injonction défendant à l'appelant de vendre pour usage personnel le produit emballé pour usage professionnel est fondée sur le danger que ce produit peut présenter, on pourrait facilement disposer du cas en la restreignant à une interdiction de livrer le produit sans y joindre un exemplaire des «directions». Mais, comme cela ne donnerait pas à l'intimée ce qu'elle recherche principalement, la cessation de cette vente pour usage personnel, il faut examiner le bien-fondé de l'autre moyen retenu par le juge de la Cour supérieure dans ses motifs sur le droit dont l'essentiel se trouve dans les passages suivants:

. . . Il est certain que si le défendeur se rend complice de la violation du contrat intervenu entre la demanderesse et chacun de ses agents, il commet une faute délictuelle entraînant sa responsabilité (H. et L. Mazeaud et Tunc, *Traité de la responsabilité civile,* 6e éd. 1965, tome I, n. 144, page 175); car il y a faute contre l'honnêteté de s'associer sciemment à la violation d'un contrat (Lalou et Azard, *Traité de la responsabilité civile,* 6e éd. 1962, n. 716, page 449). . . .

Le défendeur connaît la politique et les instructions de la demanderesse quant à la vente de ses produits. La prohibition conventionnelle de la revente en détail est dénoncée dans la présente action; elle était déjà exprimée dans l'avis inscrit sur l'emballage du produit depuis 1966 . . .

Le défendeur a l'obligation de ne pas nuire à la demanderesse en favorisant même indirectement la violation de l'engagement déjà cité; car cet engagement de ne pas revendre le produit en détail est justifié à la fois par un intérêt sérieux de la demanderesse et, dans une certaine mesure, par l'intérêt public. Chacun a l'obligation morale de ne pas favoriser la violation d'un engagement validement assumé;

moral obligation is subject to sanction under the civil law (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles,* 3rd ed. Paris 1935, no. 170, page 336).

This conclusion is all the more necessary considering that the act relating to trade marks and unfair competition prohibits the doing of any act or the adoption of any business practice "contrary to honest industrial or commercial usage in Canada" (1952-53, 1-2 Eliz. II, c. 49, s. 7, (e)). . . .

Finally, section 22 of the act relating to trade marks and unfair competition prohibits using a "trade mark registered by another person in a manner likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto". The use made by defendant of the trade mark "Miss Clairol" tends to diminish its prestige in the eyes of the consumer. He sells the product unwrapped, stripped of its attractive packaging, and deprives the user of a warning necessary for his protection and the good reputation of plaintiff.

In France, contractual prohibitions have given rise to judgments against third parties who have knowingly participated in the exporting of the product (Savatier, *Traité de la responsabilité civile,* 2nd ed. 1951, no. 145, page 188; Lalou, "*De la prohibition conventionnelle d'exportation*", *Chronique D.H.* 1929, page 77). The same binding effect is recognized in respect of third parties for agreements between the manufacturer and his buyer to fix the resale price (Planiol et Ripert, *Traité de droit civil,* Vol. 6, no. 590). In the same way, it must be recognized that the agreement between plaintiff and its wholesalers must be respected by any purchaser who has knowledge of it (J. Guyénot, "*L'incidence du droit des marques de fabrique sur le refus de vendre et les pratiques commerciales d'exclusivité*", Chronique D-S. 1965, page 75; "*Opposabilité aux tiers des conventions d'exclusivité de vente*", Rev. Crit. de jur. belge, 1961 page 452). By offering an outlet to purchasers who obtain the "Miss Clairol" preparation contrary to the obligations assumed by all the wholesalers to whom plaintiff sells its products, defendant favours and encourages the breach of these obligations; it matters little that he does not deal directly with the wholesaler who violates his contractual obligation toward plaintiff.

I doubt very much that the relief granted in this case can be justified by the provisions of

la violation de cette obligation morale est sanctionnée par le droit civil (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles,* 3e éd. Paris 1935, n. 170, page 336).

Cette conclusion s'impose d'autant plus que la loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale interdit de faire un acte ou d'adopter une méthode d'affaires «contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada» (1952-53, 1-2 Eliz. II, chap. 49, art. 7, par. e)). . . .

Enfin, l'article 22 de la loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale interdit l'emploi d'une «marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de la clientèle intéressée». L'utilisation qu'a faite le défendeur de la marque de commerce Miss Clairol est de nature à amoindrir le prestige dont elle jouit auprès des consommateurs. Il vend le produit nu, dépouillé de son emballage attrayant, et prive l'usager d'une mise en garde nécessaire à sa protection et à la bonne réputation de la demanderesse.

En France, des prohibitions conventionnelles ont donné lieu à des condamnations contre des tiers qui avaient participé à l'exportation en connaissance de cause (Savatier, *Traité de la responsabilité civile,* 2e éd. 1951, n. 145, page 188; Lalou, *De la prohibition conventionnelle d'exportation,* Chronique D.H. 1929, page 77). On reconnaît le même effet obligatoire à l'égard des tiers aux conventions intervenues entre le fabricant et son acheteur pour fixer le prix de revente Planiol et Ripert, *Traité de droit civil,* tome 6, n. 590). De la même façon, il faut reconnaître que la convention intervenue entre la demanderesse et ses grossistes doit être respectée par tout acquéreur qui en a connaissance (J. Guyénot, *L'incidence du droit des marques de fabrique sur le refus de vendre et les pratiques commerciales d'exclusivité,* Chronique D.-S. 1965, page 75; *Opposabilité aux tiers des conventions d'exclusivité de vente,* Rev. crit. de jur. belge, 1961 page 452). En offrant un débouché à des acheteurs qui se procurent le produit Miss Clairol contrairement aux obligations assumées par tous les grossistes à qui la demanderesse vend ses produits, le défendeur favorise et encourage la violation de ces obligations; il importe peu qu'il ne fasse pas affaires directement avec le grossiste qui viole son obligation contractuelle envers la demanderesse.

Je doute fort que le recours admis en cette cause puisse être justifié par les dispositions de

the *Trade Marks Act* (now R.S.C. c. T-10). I am inclined to believe that s. 7 (*e*) must be given the limited scope indicated in the judgment of the Ontario Court of Appeal, *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.*[2] The following appears in a judgment of the English Court of Appeal (*In re Apollinaris Company's Trade-Marks*)[3], at p. 234:

. . .It was further argued that the contract entered into between *Oppel* and the *Apollinaris Company* was one of which every purchaser abroad must have notice, and every person who bought to import into this country must also have notice, and that no person who took with notice could lawfully import into this country. It is difficult, perhaps impossible, to believe that this argument can prevail. If it can, a fetter hitherto unthought of will be placed on the commerce of this country. But, again, if it ever can prevail, it must do so by force of the contract and notice, and no one, in our opinion, can use the *Trade Marks Act* for the purpose of supporting such a cause of action.

I have not found it necessary to go more deeply into this question, as from the point of view of the civil law appellant's solicitor has been unable to cite anything contrary to the French legal textbooks and case law on which the trial judge and the Court of Appeal have mainly relied in reaching their conclusions. My own research has on the contrary convinced me that the textbooks and case law were clearly to the effect indicated by the Superior Court and the Court of Appeal. Thus, I have found in the *Gazette du Palais* of 1934 (2nd week, p. 640), a judgment of the Cour de Cassation, the summary of which reads as follows:

[TRANSLATION] Anyone who resells perfumery at a price lower than that fixed by the firm is liable to damages under Art. 1382 C.C., even though he has personally given no undertaking, if, having been for a number of years an export agent and reseller of perfumery, he cannot claim to be unaware of the practices peculiar to certain firms and in particular the recognized obligation not to sell their products

[2] (1965), 48 C.P.R. 109.

[3] [1891] 2 Ch. 186.

la *Loi sur les marques de commerce* (aujourd'hui S.R.C. chap. T-10). J'incline à croire qu'il faut donner au par. *e*) de l'art. 7 la portée restreinte indiquée dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.*[2] On lit ce qui suit dans un jugement de la Cour d'appel d'Angleterre (*In re Apollinaris Company's Trade-Marks*)[3], à la p. 234:

[TRADUCTION] . . . On a de plus soutenu que le contrat conclu entre *Oppel* et la compagnie *Apollinaris* en est un dont chaque acheteur à l'étranger est censé avoir connaissance, et dont toute personne qui achète en vue de l'exportation dans notre pays est censée avoir connaissance, et qu'une personne qui prend livraison de la marchandise en connaissance de cause ne peut légalement en faire l'importation. Il est difficile, peut-être impossible, de croire que cet argument peut triompher. S'il le peut, un obstacle jusqu'ici impensable se trouve placé sur le commerce de notre pays. Mais, encore une fois, si jamais cet argument doit triompher, cela doit être par la force du contrat et de l'avis qui en est donné, et personne, selon nous, ne peut se prévaloir de la loi sur les marques de commerce pour étayer une telle cause d'action.

Il ne m'a pas paru nécessaire d'approfondir cette question car, sous l'angle des principes du droit civil, l'avocat de l'appelant n'a rien pu citer à l'encontre de la doctrine et de la jurisprudence françaises dont le premier juge et la Cour d'appel ont fait état comme base principale de leurs conclusions. Mes propres recherches m'ont au contraire convaincu que cette doctrine et cette jurisprudence étaient nettement fixées dans le sens indiqué par la Cour supérieure et la Cour d'appel. Ainsi, j'ai trouvé dans la Gazette du Palais de 1934 (2e sem. p. 640), un arrêt de la Cour de Cassation dont le résumé se lit comme suit:

Celui qui revend des produits de parfumerie à un prix inférieur à celui imposé par la maison est passible de dommages-intérêts par application de l'art. 1382 C.civ., bien qu'il n'ait pris personnellement aucun engagement, si, exerçant depuis plusieurs années le commerce de commissionnaire-exportateur et revendeur de produits de parfumerie, il ne peut prétendre ignorer les usages particuliers à certaines

[2] (1965), 48 C.P.R. 109.

[3] [1891] 2 Ch. 186.

below the set price, and if, to avoid being charged with not fulfilling his undertakings, he approaches an intermediary and induces him to breach his contract, by obtaining through him products which he can resell at a lower price.

maisons et spécialement l'obligation admise de ne pas vendre leurs produits au-dessous du prix fixé, et si, pour ne pas s'exposer au reproche de manquer à ses engagements, il s'est adressé à un intermédiaire, le provoquant à violer son contrat en se faisant fournir par lui des produits qu'il pourrait revendre à un prix inférieur.

It is quite obvious that this Court would have to decide a similar case differently, but this would be by reason of what is now s. 38 of the *Combines Investigation Act* (R.S.C., c. C-23). For some twenty years now, this provision has made resale price maintenance illegal. It follows undoubtedly that any agreement for such purpose is absolutely void (Arts. 13 and 14 *C.C.*). Can it be said in the present case that such is indirectly the effect of the contracts by which respondent maintains a two-tier market for the same product at different prices; should one see an undue restraining of competition, or an advantage granted to certain purchasers, which is not available to their competitors? It is clear that the commercial value of the system is considerable, and that the consequences for the consumer are significant: respondent sells the same product to distributors for professional use at $6.50 a dozen, and to distributors for general use at $12.50 a dozen, while the only difference is the packaging and the instructions printed for the guidance of the users. This obviously results in a substantial difference in the retail selling price. At the hearing, appellant's counsel informed us that he did not rely on the *Combines Investigation Act* and did not maintain that respondent's contracts were in contravention of Part V, entitled *Offences in relation to trade*. Obviously this would not relieve us of the obligation of declaring of our own motion a nullity on account of public order. To do so, however, we would have to find in the record all the elements required to conclude that a violation of the law has been committed.

Il est bien évident que nous devrions juger autrement une affaire semblable mais ce serait comme conséquence de ce qui est aujourd'hui l'art. 38 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (S.R.C. chap. C-23). Depuis une vingtaine d'années, ce texte rend illégale la fixation du prix de revente de marchandises. Il en résulte évidemment que toute entente visant ce résultat est radicalement nulle (art. 13, 14 *C.c.*). Peut-on dire en la présente cause que tel est indirectement l'effet des contrats par lesquels l'intimée maintient un double marché du même produit à des prix différents, devrait-on y voir une restriction indue de la concurrence, ou encore un avantage accordé à certains acheteurs et qui n'est pas accessible à ses concurrents? Il est certain que l'importance commerciale du procédé est considérable et que les conséquences en sont sérieuses pour le consommateur: l'intimée vend le même produit aux distributeurs pour usage professionnel $6.50 la douzaine et aux distributeurs pour usage général, $12.50 la douzaine, alors que la seule différence est l'emballage et le mode d'emploi imprimé à l'intention des usagers. Cela se traduit évidemment par un écart important à la revente au détail. A l'audition, l'avocat de l'appelant nous a informés qu'il n'invoquait pas la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et ne soutenait pas que les contrats de l'intimée étaient en violation de la Partie V intitulée *Infractions relatives aux échanges*. Évidemment, cela ne saurait nous dispenser de l'obligation de statuer d'office sur une nullité d'ordre public. Mais pour ce faire, il nous faudrait trouver au dossier tous les éléments requis pour conclure à l'existence d'une violation de la loi.

In *North Western Salt Company Limited v.*

Dans *North Western Salt Company Limited v.*

*Electrolytic Alkali Company Limited*[4], the House of Lords set aside a decision declaring some contractual trade restrictions invalid. The grounds of the judgment were that such an illegality must be pleaded when it is not entirely evident and depends upon the circumstances.

Among the cases decided in the United States, there is a recent judgment in which a majority in the United States Court of Appeals did not find any violation of the laws against trade monopolies and discriminatory trade practices in a system of distributing products for the use of beauticians and barbers presenting striking analogies with the one which gave rise to the litigation herein (*Tripoli Company Inc. v. Wella Corporation*)[5]. In the reasons of the majority one reads (p. 938):

> . . . Even treating the two hair conditioners separately, the difference in packaging and quantity, and the difference in the manner of calling to the user's attention appropriate instructions for use, would seem ample justification for the resale restrictions as to them.

Without necessarily agreeing with this last opinion, I am unable to find in the record of the present case the elements required to conclude that the contracts between appellant and its distributors, which are the basis of the relief granted by the Superior Court and the Court of Appeal, are invalid. Common law decisions holding that such contracts do not give rise to such relief were cited in argument. I do not find it necessary to examine those cases because, inasmuch as there is no question of a violation of the criminal law, the matter is one of private law. Consequently the principles to be applied are exclusively those of the civil law. The criminal law is now completely codified (*Criminal Code*, s. 8). There can therefore be no question of an offence consisting in a violation of a common law rule and, as we have seen, appellant does not invoke the statute designed essentially for the protection of freedom of trade

[4] [1914] A.C. 461.
[5] (1970), 425 F. 2d 932.

*Electrolytic Alkali Company Limited*[4], la Chambre des Lords a infirmé une décision prononçant la nullité de restrictions contractuelles à la liberté du commerce. Le motif de l'arrêt c'est qu'une telle illégalité doit être plaidée quand elle n'est pas tout à fait évidente et dépend des circonstances.

On trouve dans la jurisprudence des États-Unis un arrêt récent où la majorité de la Cour d'appel fédérale a refusé de voir une violation des lois contre les monopoles commerciaux et les pratiques commerciales discriminatoires dans un mode de distribution de produits à l'usage des coiffeurs présentant de très grandes analogies avec celui qui a donné lieu au présent litige (*Tripoli Company Inc. c. Wella Corporation*[5]. Dans les motifs de la majorité on lit (p. 938):

> [TRADUCTION] . . . Même en considérant les deux produits de traitement capillaire séparément, la différence dans l'emballage et la quantité, et la différence dans la façon d'attirer l'attention de l'usager sur les indications appropriées quant à l'utilisation, paraissent justifier amplement la restriction relative à leur revente.

Sans être nécessairement d'accord avec cette dernière opinion, il m'est impossible de trouver dans le présent dossier les éléments requis pour conclure à la nullité des contrats entre l'intimée et ses distributeurs, contrats qui sont la base du recours accueilli par la Cour supérieure et la Cour d'appel. On nous a bien cité des décisions rendues sous la *Common Law* selon lesquelles de tels contrats n'ont pas pour effet de donner naissance à un pareil recours. Je ne crois pas devoir m'arrêter à les étudier car, en autant que l'on exclut la violation de la loi pénale, la question est affaire de droit privé. Par conséquent, les principes à appliquer sont exclusivement ceux du droit civil. Quant au droit pénal, il est maintenant entièrement codifié (*Code criminel*, art. 8). Par conséquent, il ne peut pas être question d'une infraction qui consiste en la violation d'une règle de *Common law* et, comme on l'a vu, l'appelant n'invoque pas la loi qui vise

[4] [1914] A.C. 461.
[5] (1970), 425 F. 2d 932.

through prohibition of restrictive trade practices.

I do not feel obliged to take time to consider the arguments advanced by appellant with regard to the right to an injunction. It appears to me sufficient to note that Art. 752 of the *Code of Civil Procedure* states that one may demand an injunction by action. The circumstances in which one may do so are not specified. Consequently it is a matter of a discretionary power to be exercised having in mind the principles established in common law jurisdictions, since this is a remedy taken from them (*Côté v. Morgan*)[6], at p. 20. Nothing was said here which would tend to show that there was a departure from those principles in granting an injunction to prohibit appellant from continuing an operation which was held to infringe the rights of respondent.

In this regard I must point out that at the hearing, respondent's counsel stressed that the packaging of every bottle intended for sale to the general public contains not only the necessary instructions for the suggested test to detect an allergy or hypersensitivity, but also directions on how to obtain the desired colour and satisfactory results. These directions were said to be protected by copyright and, consequently, there would be an infringement in delivering copies which were not supplied by respondent. According to a recent judgment of the Supreme Court of Ontario in *Godfrey Etc. Ltd. v. Coles Book Stores Ltd.* [7], the holder of a copyright may make use of it to prohibit a Canadian bookseller from selling an inexpensive edition published in the United States. This is of quite substantial interest since, for one of the works, the regular price of the only authorized Canadian edition is $8, while the inexpensive edition distributed in the United States sells for 99 cents. Can a manufacturer make use of copyright on the directions for use of his product so as to subject its sale to all the rights provided in

[6] (1881), 7 S.C.R. 1.
[7] (1973) 1 O.R. (2d) 362.

essentiellement la protection de la liberté du commerce par l'interdiction de pratiques commerciales restrictives.

Je ne crois pas devoir m'attarder à considérer les arguments invoqués par l'appelant au sujet du droit à l'injonction. Il me paraît suffisant de noter que l'art. 752 du *Code de procédure civile* reconnaît que l'on peut demander par action une injonction. Les cas dans lesquels on peut le faire ne sont pas spécifiés. Par conséquent, il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire qui s'exerce en s'inspirant des principes suivis dans les juridictions de *Common law* puisqu'il s'agit d'un recours qu'on y a emprunté, (*Côté c. Morgan*)[6], à la p. 20. Ici, on n'a rien dit qui tende à démontrer que l'on avait dérogé à ces principes en accordant une injonction pour empêcher l'appelant de continuer une opération que l'on a jugée aller à l'encontre des droits de l'intimée.

A ce sujet, il me faut signaler qu'à l'audition, l'avocat de l'intimée a fait état de ce que dans l'emballage de chaque bouteille destinée à être vendue au grand public, on trouve non seulement les directives nécessaires sur la façon de procéder à l'épreuve voulue pour dépister une allergie ou hypersensibilité, mais aussi un mode d'emploi qui indique comment procéder pour obtenir la teinte désirée et des résultats satisfaisants. Ce mode d'emploi ferait l'objet d'un droit d'auteur. Par conséquent, il y aurait contrefaçon à en livrer des copies qui ne seraient pas fournies par l'intimée. D'après un jugement récent de la Cour suprême de l'Ontario dans *Godfrey Etc. Ltd. v. Coles Book Stores Ltd.*[7], le détenteur d'un droit d'auteur pourrait s'en servir pour interdire à un libraire canadien de vendre une édition bon marché publiée aux États-Unis. L'intérêt que cela présente est très appréciable puisque, pour l'un des ouvrages, le prix régulier de la seule édition canadienne autorisée s'élève à $8, tandis que celui de l'édition à bon marché distribuée aux États-Unis est de 99 cents. Un fabricant peut-il se servir du droit d'auteur sur

[6] (1881), 7 R.C.S. 1.
[7] (1973) 1 O.R. (2d) 362.

the *Copyright Act* (R.S.C., c. C-30)?

In view of the conclusion I have reached in respect of the other points, I do not consider it necessary to express an opinion on this. I wish to emphasize, however, that I am not saying that the system of distribution adopted by respondent is not contrary to the *Combines Investigation Act*. I merely note that appellant has not argued that such was the case and that I have not found in the record the elements that would be necessary for finding of our own motion, without prior consideration at trial and on appeal, that such a violation has been committed.

I conclude that the appeal should be dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the defendant, appellant: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montreal.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent: Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault, Montreal.*

le mode d'emploi d'un produit pour en assujettir la vente à tous les droits prévus à la *Loi sur le droit d'auteur* (S.R.C. chap. C-30)?

Vu la conclusion à laquelle j'en suis venu sur les autres aspects du litige, je ne crois pas nécessaire de me prononcer sur ce point-là. Je tiens cependant à souligner que je ne dis pas que le mode de distribution adopté par l'intimée ne va pas à l'encontre de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Je constate seulement que l'appelant n'a pas soutenu qu'il en était ainsi et que je n'ai pas trouvé dans le dossier les éléments nécessaires pour devoir d'office prononcer qu'une telle violation a été commise sans que cette question ait été débattue en première instance et en appel.

Je conclus que le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureurs du défendeur, appelant: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal.*

*Procureurs de la demanderesse, intimée: Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault, Montréal.*

**Ethel Annabelle Angle** *Appellant*;

and

**Minister of National Revenue** *Respondent.*

1973: November 7; 1974: May 27.

Present: Martland, Judson, Spence, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE EXCHEQUER COURT OF CANADA

*Estoppel—Benefit from construction by a controlled company—Assessment—Alleged debt of taxpayer to the company—Writ of extent against the taxpayer as debtor of the company—Whether principle of "issue estoppel" applicable.*

Appellant, president and controlling shareholder of Transworld Explorations Limited, caused the company to construct a pool house, with furniture and fixtures, at the rear of her property. Six months after the foundations were in, appellant purported to lease to the company the whole of her property for five years at one dollar per year. After construction was complete, appellant leased the property to the company by a second lease for one year, at a rental of $6,000 payable in monthly instalments of $500. In order to create the impression that the pool house had been paid for, the husband of appellant arranged a bank loan of $50,000 to appellant. This sum was deposited to the credit of the company, which could not withdraw it until the loan was paid. The husband then gave the appellant a cheque drawn on the company's account and signed by him as agent for the company in order that she could repay the bank loan, which she did.

Appellant was assessed under s. 8(1)(*c*) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, $52,243.58 for benefits from construction of the pool house, and $5,995.82 for furniture and fixtures. On appeal the Exchequer Court concluded that appellant had received the house as owner of the freehold and that the procedure employed by appellant did not constitute payment for the house, and it affirmed the assessment except for the furniture and fixtures.

Some time after these proceedings the Minister of National Revenue, in an effort to collect arrears of taxes from another company, obtained *ex parte* an order for a writ of extent in the second degree,

**Ethel Annabelle Angle** *Appelante*;

et

**Le Ministre du Revenu National** *Intimé.*

1973: le 7 novembre; 1974: le 27 mai.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Spence, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR DE L'ÉCHIQUIER DU CANADA.

*Fin de non-recevoir—Bénéfice découlant de construction par une compagnie controlée—Cotisation—Prétendue dette de la contribuable envers la compagnie—Bref de saisie «in extent» contre la contribuable en tant que débitrice de la compagnie—Le principe de l'«issue estoppel» est-il applicable.*

L'appelante, présidente et actionnaire contrôlant de Transworld Explorations Limited, a fait en sorte que cette compagnie construise à l'arrière de sa propriété un pavillon de bains avec mobilier et accessoires fixes. Six mois après que les fondations furent achevées, l'appelante a censément loué à la compagnie la totalité de sa propriété pour cinq ans, à un dollar par an. Une fois la construction terminée, elle lui a loué la propriété en vertu d'un second bail pour un an, à raison de $6,000 payable par versements mensuels de $500. Pour donner l'impression que le pavillon de bains avait été payé, le mari de l'appelante obtint de la banque qu'un prêt de $50,000 soit fait à l'appelante. Cette somme fut déposée au crédit de la compagnie qui ne pouvait la retirer avant que le prêt ne soit remboursé. Le mari donna ensuite à l'appelante un chèque tiré sur le compte de la compagnie et signé par lui à titre de représentant de la compagnie pour qu'elle puisse rembourser le prêt bancaire, ce qu'elle fit.

L'appelante fut cotisée en vertu de l'art. 8*c*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, pour $52,243.58 pour bénéfices découlant de la construction du pavillon de bains ainsi que $5,995.82 pour mobilier et accessoires fixes. En appel la Cour de l'Échiquier a conclu que l'appelante avait reçu le pavillon à titre de propriétaire de la tenure libre, que le moyen employé par l'appelante ne constituait pas un paiement du pavillon, et elle a confirmé la cotisation sauf à l'égard des meubles et accessoires fixes.

Quelques temps après ces procédures, le ministre du Revenu national, afin de percevoir d'une autre compagnie des arriérés de taxes, a obtenu *ex parte* une ordonnance pour bref de saisi «extent» au second

against Transworld as debtor of the other company; a writ of extent in the third degree was also issued against appellant as debtor of Transworld. Other writs of extent were also issued, but set aside following a motion to set aside; however, the writ issued against appellant was upheld. The latter appealed this decision, on the ground that the judgment of the Exchequer Court rendered the matter of appellant's alleged indebtedness *res judicata.*

*Held* (Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Judson and Dickson JJ.: There is a distinction between the "cause of action estoppel" where another action is brought for the same cause of action as has been the subject of previous adjudication, and "issue estoppel" where, the cause of action being different, some point or issue of fact has already been decided. The requirements of issue estoppel are (1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised, or their privies. The determination on which it is sought to found the estoppel must be so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former.

The question to be decided in these proceedings was the existence of a debt by Mrs. Angle to Transworld, whereas the question in the earlier proceedings was the amount of Mrs. Angle's income tax assessment. The question not being *eadem questio*, this is not a case of issue estoppel.

The claim that Mrs. Angle is indebted to Transworld is founded upon her sworn statement during examination for discovery in the tax proceedings. The Transworld balance sheet confirmed her evidence. It is not alleged and there is no evidence to suggest that she subsequently paid her debt to the company.

*Per* Spence and Laskin JJ., *dissenting*: Leave was given to refer to the reasons in the original tax judgment and they showed that the pool house which gave rise to the "benefit" was also the foundation of

degré contre Transworld en tant que débitrice de l'autre compagnie; un bref de saisie «extent» au troisième degré fut aussi émis contre l'appelante en tant que débitrice de Transworld. D'autres brefs de saisie «extent» furent aussi émis, mais annulés à la suite d'une requête en annulation, alors que le bref émis contre l'appelante fut maintenu. Celle-ci en appelle de cette décision, pour le motif que le jugement de la Cour de l'Échiquier donne à la question de l'existence de la dette dont l'appelante serait redevable le caractère de chose jugée.

*Arrêt:* (les Juges Spence et Laskin étant dissidents): L'appel doit être rejeté.

*Les* Juges Martland, Judson et Dickson: Il y a une distinction entre le principe de l'autorité de la chose jugée applicable lorsqu'une demande est intentée pour la même cause d'action que celle qui a fait l'objet d'un jugement antérieur, et cette théorie de la fin de non-recevoir qu'on applique lorsqu'il arrive que la cause d'action est différente mais que des points ou questions de fait ont déjà été décidés. Les conditions de l'*issue estoppel* exigent (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir soit finale; et, (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la fin de non-recevoir est soulevée, ou leurs ayants droits. La décision sur laquelle on cherche à fonder la fin de non-recevoir doit avoir été si fondamentale à la décision rendue sur le fond même du litige que celle-ci ne peut valoir sans celle-là.

La question à être décidée en l'espèce, c'est l'existence d'une dette de M^me^ Angle envers Transworld alors que la question à être décidée dans l'affaire antérieure était celle du montant de la cotisation d'impôt de M^me^ Angle. La question n'étant pas *eadem questio*, il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de l'*issue estoppel.*

La prétention suivant laquelle M^me^ Angle a une dette envers Transworld est fondée sur sa déclaration sous serment durant l'interrogatoire préalable dans l'affaire relative à l'impôt. Le bilan de Transworld au 31 janvier 1969 confirme son témoignage. Il n'est pas allégué qu'elle aurait par la suite payé sa dette envers la compagnie, et il n'y a pas de preuve qui le donne à penser.

*Les* Juges Spence et Laskin, *dissidents*: Autorisation a été accordée aux avocats représentant les parties de se référer aux motifs du jugement rendu dans l'affaire d'impôt et ils ont reconnu que la pavil-

the debt allegedly owing by appellant to Transworld. Further, the appellant and the Minister were parties both to the tax appeal and to the present proceedings, into which the appellant was drawn by the Minister through a writ of extent, albeit they had their origin in a tax claim against a third person. Because of the difference in the two proceedings, issue estoppel is what the appellant must stand on.

Issue estoppel, as a principle, has been recognized in Canadian law. The application of this principle is not in any way affected because it is directed against a Minister of the Crown. There is no reason to introduce any anomalies or exceptions to its general application if the facts call for it.

The Minister's contention that the pool house transaction can be both a benefit and a loan or debt at the same time ignores the basis upon which he sought and succeeded in his reassessment of the appellant, namely s. 8(1)(*c*). Any question of a loan, arising from the arrangements for a bank credit to Transworld which was ultimately repaid by a Transworld cheque (leaving Transworld and the appellant where they were before), was negated by the Exchequer Court as having been dependent upon a lease which was ineffective to support it. A device which failed as a defence to a reassessment, and so determined by a final judicial decision, cannot be later reactivated as between the same parties to provide a different basis upon which to attempt to capture the same sum twice.

*[Angle v. Minister of National Revenue*, [1969] C.T.C. 624; *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181; *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537, [1926] A.C. 155; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; *Duchess of Kingston's Case* (1776), 20 St. Tr. 355, 538n; *R. v. Hutchings* (1881), 6 Q.B.D. 300; *Society of Medical Officers of Health v. Hope*, [1960] A.C. 551; *Spens v. I.R.C.*, [1970] 3 All. E.R. 295; *Curlett v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 427, aff. 62 D.T.C. 1320; *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727; *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Enriché*, [1893] A.C. 518, referred to.]

lon de bains qui avait constitué le «bénéfice» était aussi le fondement de la dette qu'on allègue être due par l'appelante à Transworld. De plus l'appelante et le Ministre se trouvent à avoir été parties tant à l'appel en matière d'impôt qu'aux procédures en l'espèce, dans lesquelles l'appelante a été plongée par le Ministre au moyen d'un bref de saisie «extent» bien qu'elles aient pris naissance dans une réclamation d'impôt contre une tierce personne. A cause de la différence qui existe entre les deux instances, c'est sur l'*issue estoppel* que l'appelante doit s'appuyer.

L'*issue estoppel*, en tant que principe est reconnu dans le droit canadien. L'application de ce principe n'est pas atteinte parce qu'il est invoqué à l'encontre d'un ministre de la Couronne. Il n'y a aucune raison d'introduire des anomalies ou des exceptions à son application générale si les faits permettent de l'invoquer.

La prétention du Ministre que la transaction relative au pavillon de bains peut être à la fois un bénéfice et un emprunt ou une dette en même temps ne tient pas compte du fondement sur lequel il a voulu et obtenu la nouvelle cotisation qu'il recherchait à l'égard de l'appelante, soit l'art. 8(1)*c*). Toute évocation d'un prêt, résultant des dispositions prises pour que la banque émette en faveur de Transworld un crédit qui en définitive a été remboursé par un chèque de Transworld (laissant Transworld et l'appelante dans la situation où elles étaient auparavant), a été repoussée par la Cour de l'Échiquier comme subordonnée à un bail qui ne pouvait efficacement lui servir de fondement. Un expédient qui a failli comme moyen de défense à l'encontre d'une nouvelle cotisation, et qui est donc réglé par une décision judiciaire finale ne peut être par la suite réactivé entre les mêmes parties de façon à fournir une base différente sur laquelle tenter de capturer la même somme une seconde fois.

[Arrêts mentionnés: *Angle v. Minister of National Revenue*, [1969] C.T.C.624; *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181; *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537, [1926] A.C. 155; *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd.* (No. 2), [1967] 1 A.C. 853; *Duchess of Kingston's Case* (1776), 20 St. Tr. 355, 538n; *R. v. Hutchings* (1881), 6 Q.B.D. 300; *Society of Medical Officers of Health v. Hope*, [1960] A.C. 551; *Spens v. I.R.C.*, [1970] 3 All. E.R. 295; *Curlett c. Le ministre du Revenu national*, [1961] R.C.É. 427, conf. 62 D.T.C. 1320; *R. c. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727; *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Enriché*, [1893] A.C. 518.]

APPEAL from a judgment of the Exchequer Court of Canada ordering that a writ of extent be issued. Appeal dismissed, Spence and Laskin JJ. dissenting.

*C. C. Sturrock*, for the appellant.

*N. A. Chalmers, Q.C.*, and *G. O. Eggertson*, for the respondent.

The judgment of Martland, Judson and Dickson JJ. was delivered by

DICKSON J.—In early 1966 Mrs. Angle caused Transworld Explorations Limited, a company of which she was president and controlling shareholder, to construct at the expense of the company, an indoor swimming pool, sauna bath, mineral bath, barbecue, bar, fireplace, sitting room and office at the rear of property owned by her on Stevens Drive in West Vancouver, British Columbia. The then s. 8(1) (*c*) of the *Income Tax Act* provided that where a benefit or advantage was conferred on a shareholder by a corporation the amount or value would be included in computing the income of the shareholder and, acting under the section, the taxing authorities added to Mrs. Angle's income for the years 1966 and 1967 a total of $52,243.58 for benefits from construction of the pool house and $5,995.82 for furniture and fixtures. Mrs. Angle appealed the assessment. The appeal was heard by Sheppard D.J. in the Exchequer Court of Canada[1] and judgment was delivered on November 17, 1969. The judge defined what he referred to as the basic issues in these words:

> That the pool house (i) was received by the appellant as lessor not as "shareholder" within Section 8(1)(c), (ii) was paid for by the appellant and therefore was not "a benefit or advantage" (iii) or in any event was a benefit received only on expiration of a lease, therefore not in 1966 or 1967 but in 1968.

The short facts and the manner in which the judge disposed of each of the issues follow:

[1] [1969] C.T.C. 624.

APPEL d'un jugement de la Cour de l'Échiquier du Canada ordonnant l'émission d'un bref de saisie «extent». Appel rejeté, les Juges Spence et Laskin étant dissidents.

*C. C. Sturrock*, pour l'appelante.

*N. A. Chalmers, c.r.*, et *G. O. Eggertson*, pour l'intimé.

Le jugement des Juges Martland, Judson et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Au début de 1966, M^me^ Angle a fait en sorte que Transworld Explorations Limited, une compagnie dont elle était présidente et actionnaire contrôlant, construise à l'arrière de la propriété que M^me^ Angle possédait sur Stevens Drive à West Vancouver, Colombie-Britannique, une piscine intérieure, sauna, bain d'eau thermale, barbecue, bar, foyer, vivoir et bureau. A cette époque-là l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoyait que lorsqu'un bénéfice ou un avantage était attribué à un actionnaire par une corporation, le montant ou la valeur en l'espèce devait être inclus dans le calcul du revenu de l'actionnaire, et invoquant cet article les fonctionnaires du fisc ajoutèrent au revenu de M^me^ Angle des années 1966 et 1967 un total de $52,243.58 pour bénéfices découlant de la construction du pavillon de bains, ainsi que $5,995.82 pour mobilier et accessoires fixes. M^me^ Angle en appela de la cotisation. L'appel fut entendu par M. le Juge suppléant Sheppard en Cour de l'Échiquier du Canada[1] et jugement fut rendu le 17 novembre 1969. Le juge a défini comme suit ce qu'il a appelé les questions fondamentales:

> Que le pavillon de bains (i) a été reçu par l'appelante en qualité de bailleur et non «d'actionnaire» au sens de l'article 8(1)*c*), (ii) qu'il a été payé par l'appelante, et ne constituait donc pas «un bénéfice ou un avantage», (iii) et que de toute façon, il s'agissait d'un bénéfice reçu seulement à l'expiration du bail, soit en 1968 et non en 1966 et 1967.

Voici maintenant l'exposé sommaire des faits et la façon dont le juge a décidé chacune des questions:

[1] [1969] C.T.C. 624.

(i) On November 1, 1966, six months after the foundations of the pool house were built and after receiving advice that the value of the pool house might be added to her income, Mrs. Angle purported to lease to Transworld the whole of her lot on Stevens Drive for a term of five years at a rental of one dollar per year. A year later, on November 27, 1967, after the pool house had been constructed, a second lease was entered into whereby she purported to lease the property to Transworld for a term of one year at a rental of $6,000 payable $500 per month. The judge held that the pool house was not received by Mrs. Angle as lessor because it was let into the soil: that is, construction was begun before there was any lease; the leases did not operate to divest Mrs. Angle of the pool house vested in her as owner of the freehold and accordingly the benefit was not received by her as lessor but as owner.

(ii) The scheme by which it was sought to create the impression that Mrs. Angle had paid for the pool house took this form. Her husband arranged for the Toronto-Dominion Bank to loan her $50,000 on December 27, 1967. The proceeds of the loan were deposited to the credit of Transworld but, as the money was assigned to the bank as security for the loan, it could not be withdrawn by Transworld until the loan was paid. In February 1968 Mr. Angle gave Mrs. Angle a cheque for $50,000 drawn on the Transworld account and signed by him as agent for the company with which she repaid the bank loan. The judge rightly concluded that this trumpery did not amount to payment for the pool house.

(iii) The judge rejected Mrs. Angle's contention that no benefit would vest in her until the expiration of the lease, holding that the benefit vested not by virtue of an assignment or conveyance by the lessee, but by virtue of Mrs.

(i) Le 1er novembre 1966, six mois après l'achèvement des fondations du pavillon de bains et après qu'on lui eut appris que la valeur du pavillon pourrait être ajoutée à son revenu, Mme Angle a censément loué à Transworld la totalité de son lot sur Stevens Drive, pour une période de cinq ans au loyer d'un dollar par an. Un an plus tard, le 27 novembre 1967, après que la construction de la piscine eut été terminée, un second bail est intervenu en vertu duquel la propriété était censément louée à Transworld par Mme Angle pour une période d'un an, en contrepartie d'un loyer de $6,000 payable par versements mensuels de $500. Le juge a décidé que Mme Angle n'avait pas reçu le pavillon de bains à titre de bailleur parce que le pavillon avait été loué incorporé au sol; c'est-à-dire, la construction avait débuté avant qu'il n'y ait de bail; les baux n'avaient pas eu pour effet de priver Mme Angle du pavillon de bains dévolu à elle en sa qualité de propriétaire de la tenure libre (*freehold*) du fonds et, par conséquent, c'est à titre de propriétaire et non de bailleur qu'elle avait reçu le bénéfice.

(ii) Le plan conçu pour donner l'impression que Mme Angle avait payé le pavillon de bains a été mis à exécution de la façon suivante. Le mari fit les arrangements nécessaires pour que la Banque Toronto-Dominion prête $50,000 à Mme Angle le 27 décembre 1967. La somme provenant de cet emprunt fut déposée au crédit de Transworld mais, comme l'argent avait été cédé à la banque en garantie du prêt, Transworld ne pouvait pas le retirer avant que le prêt soit remboursé. Au mois de février 1968, M. Angle donna à Mme Angle un chèque de $50,000 tiré sur le compte de Transworld et signé par lui à titre de représentant de la compagnie, et Mme Angle remboursa le prêt bancaire au moyen de ce chèque. Le juge a conclu à bon droit que cet artifice ne constituait pas un paiement du coût de la piscine.

(iii) Le juge a rejeté la présention de Mme Angle selon laquelle aucun bénéfice ne devait être dévolu à cette dernière avant l'expiration du bail, décidant que le bénéfice lui avait été dévolu non pas du fait d'une cession ou trans-

Angle being the owner of the freehold on which the building was erected. In the result the judge dismissed the appeal and confirmed the assessment except as to furniture and fixtures.

Some time after the proceedings in the Exchequer Court, the Minister of National Revenue sought to collect arrears of taxes amounting to $40,266.71 from a company, Kansas City Traders Ltd., and obtained a Writ of Extent ordering the sheriff of the County of Vancouver to extend and seize the assets of that company in the amount of the arrears. There being small prospect of collecting directly from Kansas City Traders, the Minister obtained *ex parte* an order for the issuance of a Writ of Extent in the Second Degree against Transworld in the amount of $40,266.71, Transworld being indebted to Kansas City Traders; a Writ in the Third Degree against Mrs. Angle in the amount of $34,612.33, on the allegation that Mrs. Angle was indebted to Transworld in this sum; a Writ of Extent in the Fourth Degree against Mr. and Mrs. Adolf Franz Bauer, purchasers in 1968 of the Stevens Drive property from Mrs. Angle; and a Writ of Extent in the Fifth Degree against the legal firm which acted for Mrs. Angle on the sale. A motion was brought before Sheppard D.J. to set aside the writs issued against Mrs. Angle, against Mr. and Mrs. Bauer and against the legal firm. As a result, the writs against Mr. and Mrs. Bauer and against the legal firm were set aside but the writ against Mrs. Angle allowed to stand. An appeal has now been taken to this Court on behalf of Mrs. Angle, the main ground being that the judgment of the Exchequer Court rendered the matter of Mrs. Angle's alleged indebtedness to Transworld *res judicata.*

In earlier times *res judicata* in its operation as estoppel was referred to as estoppel by record, that is to say, estoppel by the written record of a court of record, but now the generic term more frequently found is estoppel *per rem*

port par le locataire, mais du fait de sa qualité de propriétaire de la tenure libre du bien-fonds sur lequel le bâtiment avait été érigé. Le juge a rejeté l'appel et confirmé la cotisation sauf à l'égard des meubles et des accessoires fixes.

Quelque temps après les procédures en Cour de l'Échiquier, le ministre du Revenu national a tenté de percevoir d'une compagnie, Kansas City Traders Ltd., des arriérés de taxes s'élevant à $40,266.71, et il a obtenu un bref de saisie «extent» ordonnant au shériff du comté de Vancouver d'évaluer et de saisir les biens de cette compagnie-là pour le montant des arriérés. La possibilité de percevoir le montant directement de Kansas City Traders s'avérant mince, le Ministre a obtenu *ex parte* une ordonnance prévoyant l'émission d'un bref de saisie «extent» au second degré contre Transworld pour le montant de $40,266.71, Transworld étant débitrice de Kansas City Traders; un bref de troisième degré contre M^me^ Angle pour le montant de $34,612.33, sur allégation que cette dernière était débitrice de Transworld pour cette somme; un bref de saisie «extent» au quatrième degré contre M. et M^me^ Adolf Franz Bauer, qui en 1968 avaient acheté de M^me^ Angle la propriété de Stevens Drive; et un bref de saisie «extent» au cinquième degré contre l'étude d'avocats qui avait représenté M^me^ Angle lors de la vente de la propriété. Devant le Juge suppléant Sheppard on présenta une requête en vue de faire annuler les brefs émis contre M^me^ Angle, contre M. et M^me^ Bauer et contre l'étude d'avocats. Les brefs émis contre M. et M^me^ Bauer et contre l'étude d'avocats furent annulés mais le bref émis contre M^me^ Angle fut maintenu en vigueur. Un appel est maintenant interjeté devant cette Cour au nom de M^me^ Angle, le motif principal étant que le jugement de la Cour de l'Échiquier donne à la question de l'existence d'une dette dont serait redevable M^me^ Angle envers Transworld, le caractère de chose jugée.

Anciennement, la chose jugée en tant que fin de non-recevoir (*estoppel*) était appelée *estoppel by record*, c'est-à-dire, une fin de non-recevoir de par l'effet des registres et procès-verbaux d'une cour d'archives, mais maintenant on

*judicatam*. This form of estoppel, as Diplock L.J. said in *Thoday* v. *Thoday*[2], at p. 198, has two species. The first, "cause of action estoppel", precludes a person from bringing an action against another when that same cause of action has been determined in earlier proceedings by a court of competent jurisdiction. We are not here concerned with cause of action estoppel as the Minister's present claim that Mrs. Angle is indebted to Transworld in the sum of $34,612.33 is obviously not the cause of action which came before the Exchequer Court in the s. 8(1)(*c*) proceedings. The second species of estoppel *per rem judicatam* is known as "issue estoppel", a phrase coined by Higgins J. of the High Court of Australia in *Hoystead* v. *Federal Commissioner of Taxation*[3], at p. 561:

I fully recognize the distinction between the doctrine of *res judicata* where another action is brought for the same cause of action as has been the subject of previous adjudication, and the doctrine of estoppel where, the cause of action being different, some point or issue of fact has already been decided (I may call it "issue-estoppel").

Lord Guest in *Carl Zeiss Stiftung* v. *Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*[4], at p. 935, defined the requirements of issue estoppel as:

. . . (1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and, (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies . . . . .

Is the question to be decided in these proceedings, namely the indebtedness of Mrs. Angle to Transworld Explorations Limited, the same as was contested in the earlier proceedings? If it is

[2] [1964] P. 181.
[3] (1921), 29 C.L.R. 537.
[4] [1967] 1 A.C. 853.

emploie le plus souvent l'expression générique *estoppel per rem judicatam*. Cette forme de fin de non-recevoir, comme le Lord Juge Diplock l'a dit dans l'arrêt *Thoday v. Thoday*[2], est de deux sortes. Le premier, soit le «*cause of action estoppel*», empêche une personne d'intenter une action contre une autre lorsque la même cause d'action a déjà été décidée dans des procédures antérieures par un tribunal compétent. En l'espèce, nous n'avons pas à nous préoccuper du *cause of action estoppel* puisque l'allégation du Ministre selon laquelle M^me^ Angle doit la somme de $34,612.33 à Transworld, n'est évidemment pas la cause d'action dont la Cour de l'Échiquier a été saisie dans les procédures relatives à l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8. La deuxième sorte *d'estoppel per rem judicatam* est connue sous le nom *d'issue estoppel*, expression qui a été créée par le Juge Higgins de la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation*[3], à la p. 561:

[TRADUCTION] Je reconnais pleinement la distinction entre le principe de l'autorité de la chose jugée applicable lorsqu'une demande est intentée pour la même cause d'action que celle qui a fait l'objet d'un jugement antérieur, et cette théorie de la fin de non-recevoir qu'on applique lorsqu'il arrive que la cause d'action est différente mais que des points ou questions de fait on déjà été décidés (laquelle je puis appeler théorie de *l'«issue-estoppel»*).

Lord Guest, dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd.* (No. *2*)[4], à la p. 935, définit les conditions de *l'«issue estoppel»* comme exigeant:

[TRADUCTION] . . . (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir soit finale; et, (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la fin de non-recevoir est soulevée, ou leurs ayants droit . . .

Est-ce que la question à être décidée en l'espèce, c'est-à-dire l'existence d'une dette de M^me^ Angle envers Transworld Explorations Limited, est la même que celle que l'on a débattue dans

[2] [1964] P. 181.
[3] (1921), 29 C.L.R. 537.
[4] [1967] 1 A.C. 853.

not, there is no estoppel. It will not suffice if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment. That is plain from the words of De Grey C.J. in the *Duchess of Kingston's case*[5], quoted by Lord Selborne L.J. in *R. v. Hutchings*[6], at p. 304, and by Lord Radcliffe in *Society of Medical Officers of Health* v. *Hope*[7]. The question out of which the estoppel is said to arise must have been "fundamental to the decision arrived at" in the earlier proceedings: *per* Lord Shaw in *Hoystead* v. *Commissioner of Taxation*[8]. The authors of Spencer Bower and Turner, *Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. pp. 181, 182, quoted by Megarry J. in *Spens v. I.R.C.*[9], at p. 301, set forth in these words the nature of the enquiry which must be made:

> . . . whether the determination on which it is sought to found the estoppel is "so fundamental" to the substantive decision that the latter *cannot stand* without the former. Nothing less than this will do.

The claim in the present proceedings that Mrs. Angle is indebted to Transworld in the amount of $34,612.33 is founded upon a sworn statement of Mrs. Angle, during her examination for discovery in the tax proceedings, that she owed Transworld a balance of $34,000, being $50,000 less a credit for shares transferred by her to Transworld. The Transworld balance sheet as at January 31, 1969 confirmed her evidence. It showed $34,612.33 to be "Due from shareholder".

In my opinion the question to be decided in these proceedings is not the same question as was decided in the earlier proceedings. The primary question in the earlier proceedings was the amount of Mrs. Angle's income tax assessment

[5] (1776), 20 St. Tr. 355, 538n.
[6] (1881), 6 Q.B.D. 300.
[7] [1960] A.C. 551.
[8] [1926] A.C. 155.
[9] [1970] 3 All. E.R. 295.

l'affaire antérieure? Si elle ne l'est pas, il n'y a pas de fin de non-recevoir. Il ne suffira pas que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement. Cela ressort clairement des termes employés par le Juge en chef De Grey dans l'arrêt *Duchess of Kingston's*[5], cités par Lord Selborne dans *Reg. v. Hutchings*[6], à la p. 304, et par Lord Radcliffe dans *Society of Medical Officers of Health v. Hope*[7]. La question qui est censée donner lieu à la fin de non-recevoir doit avoir été «fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé» dans l'affaire antérieure: d'après Lord Shaw dans l'arrêt *Hoystead v. Commissioner of Taxation*[8]. Les auteurs de l'ouvrage Spencer Bower and Turner, *Doctrine of Res Judicata*, 2e éd. pp. 181, 182, cité par M. le Juge Megarry dans l'arrêt *Spens v. I.R.C.*[9], à la p. 301, décrivent dans les termes suivants la nature de l'examen auquel on doit procéder:

> [TRADUCTION] . . . si la décision sur laquelle on cherche à fonder la fin de non-recevoir a été «si fondamentale» à la décision rendue sur le fond même du litige que celle-ci *ne peut valoir* sans celle-là. Rien de moins ne suffira.

La prétention en l'espèce suivant laquelle M^me^ Angle doit à Transworld la somme de $34,612.33 est fondée sur une déclaration sous serment de M^me^ Angle, durant son interrogatoire préalable dans l'affaire relative à l'impôt, aux termes de laquelle elle devait à Transworld un solde de $34,000, soit $50,000 moins un crédit pour des actions qu'elle avait transférées à Transworld. Le bilan de Transworld au 31 janvier 1969 confirme son témoignage. Y figure un montant de $34,612.33, avec l'inscription «Dû par un actionnaire».

A mon avis la question à être décidée en l'espèce n'est pas la même que celle qui a été décidée dans l'affaire antérieure. Dans l'affaire antérieure, la question principale était celle du montant de la cotisation d'impôt de M^me^ Angle,

[5] (1776), 20 St. Tr. 355, 538n.
[6] (1881), 6 Q.B.D. 300.
[7] [1960] A.C. 551.
[8] [1926] A.C. 155.
[9] [1970] 3 All. E.R. 295.

and in order to determine that issue it was necessary to consider several subsidiary issues raised by Mrs. Angle in support of her appeal. I have quoted the judge's statement of those issues and in effect they were (i) that the pool house was received by her as a lessor and not as a shareholder or (ii) alternatively, that she had paid for the pool house through the $50,000 bank loan. A submission that she was still indebted for the pool house would have been impossible to reconcile with her contention that the pool house had been paid for.

A finding of no liability by Mrs. Angle to Transworld was not legally indispensable to the judgment on the income tax appeal or a necessary finding to support that judgment. A tax assessment in respect of a benefit or advantage received is not inconsistent with an obligation to pay for the benefit or advantage where, for example, there is no apparent intention to honour the obligation. The decision that a taxable benefit has been received can stand in an appropriate case with an alleged obligation to pay for that benefit. See *Curlett* v. *Minister of National Revenue*[10]; and *R.* v. *Poynton*[11]. In these proceedings the Minister is claiming from Mrs. Angle payment of indebtedness to Transworld. If Transworld or its shareholders were suing Mrs. Angle for recovery of corporate funds expended on the construction of the pool house, the s. 8(1)(*c*) proceedings in the Exchequer Court would afford her no defence. It is true that one of the leases contained a clause whereby Transworld purported to surrender to Mrs. Angle all its interest in the improvements for $49,768.51 and when the lease was struck down this clause suffered a similar fate. But that was not, and was not tantamount to, a finding that Mrs. Angle was not indebted to Transworld. Transworld was not a party to the proceedings and the Exchequer Court did not have jurisdiction to make such a finding.

[10] [1961] Ex. C.R. 427, affd. 62 D.T.C. 1320.
[11] [1972] 3 O.R. 727.

et pour décider cette question-là il était nécessaire d'examiner plusieurs questions subsidiaires qu'avait soulevées M^me^ Angle à l'appui de son appel. J'ai cité l'énoncé que le juge a fait de ces questions, qui étaient en somme (i) que le pavillon de bains avait été reçu à titre de bailleur et non d'actionnaire ou (ii), subsidiairement, qu'elle avait payé le pavillon au moyen d'un prêt bancaire de $50,000. Une allégation suivant laquelle elle était encore endettée à l'égard du pavillon aurait été impossible à réconcilier avec sa prétention selon laquelle elle avait payé pour ce pavillon.

Il n'était pas juridiquement indispensable, pour rendre jugement sur l'appel concernant l'impôt, ni même nécessaire, pour étayer ce jugement, d'en arriver à la conclusion que M^me^ Angle n'était pas débitrice de Transworld. Une cotisation d'impôt à l'égard d'un bénéfice ou d'un avantage reçu n'est pas incompatible avec une obligation de payer pour ce bénéfice ou avantage lorsque, par exemple, il n'existe pas d'intention apparente d'honorer l'obligation. Une décision qu'un bénéfice imposable a été reçu peut, dans un cas approprié, coexister avec une obligation alléguée de payer pour ce bénéfice. Voir *Curlett c. Le ministre du Revenu national*[10], arrêt confirmé par cette Cour; et *R. c. Poynton*[11]. En l'espèce, le ministre réclame de M^me^ Angle qu'elle paie le montant de sa dette envers Transworld. Si Transworld ou ses actionnaires poursuivaient M^me^ Angle pour recouvrer le montant des fonds de la compagnie dépensés pour la construction du pavillon de bains, les procédures mues en Cour d'Échiquier relativement à l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8 ne pourraient donner de moyen de défense à M^me^ Angle. Il est vrai que l'un des baux incluait une clause par laquelle Transworld était censée céder à M^me^ Angle tous ses droits dans les améliorations pour la somme de $49,768.51, et que lorsque le bail a été infirmé cette clause a connu le même sort. Mais cela n'était pas une conclusion que M^me^ Angle n'avait pas de dette envers Transworld, et n'était pas l'équivalent d'une telle con-

[10] [1961] R.C.É 427, conf. 62 D.T.C. 1320.
[11] [1972] 3 O.R. 727.

As long ago as 1893, Lord Hobhouse said in the Privy Council in *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*[12], at p. 522:

> It is hardly necessary to refer at length to authorities for the elementary principle that in order to establish the plea of res judicata the judgment relied on must have been pronounced by a Court having concurrent or exclusive jurisdiction directly upon the point. In the *Duchess of Kingston's Case*, Sm. L.C. vol. ii. p. 642, which is constantly referred to for the law on this subject, it is laid down that in order to establish the plea of res judicata the Court whose judgment is invoked must have had jurisdiction and have given judgment directly upon the matter in question; but that if the matter came collaterally into question in the first Court, or were only incidentally cognizable by it, or merely to be inferred by argument from the judgment, the judgment is not conclusive.

The question not being *eadem questio*, I am of the opinion that this is not a case for application of the principle of issue estoppel.

Two collateral points were taken on behalf of Mrs. Angle. First, that there was no evidence upon the *ex parte* application for the issuance of the writs of extent as to how the alleged debt from Transworld to Kansas City Traders Ltd. arose or, if there was a debt, that it was payable. No objection was taken in the Court below to the writs of extent issued against Kansas City Traders Ltd. or against Transworld. Transworld has not challenged the writ against it, and it is not open to Mrs. Angle to do so at this time. Second, that even if Mrs. Angle was indebted to Transworld, there was no evidence she was indebted after January 31, 1969 and more particularly at the time of the application for the writs of extent, October 30, 1970. On discovery

[12] [1893] A.C. 518.

clusion. Transworld n'était pas partie aux procédures et la Cour de l'Échiquier n'avait pas compétence pour en arriver à une conclusion semblable.

Dès 1893, Lord Hobhouse, dans une décision du Conseil Privé rendue dans l'affaire *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*[12], disait, à la p. 522:

> [TRADUCTION] Il n'est guère nécessaire de se reporter longuement aux précédents pour reconnaître ce principe élémentaire selon lequel, pour établir le moyen de chose jugée, le jugement sur lequel on se fonde doit avoir été rendu par un tribunal ayant compétence simultanée ou exclusive directement sur le point. Dans l'arrêt *Duchess of Kingston*, Sm. L.C. vol. ii. p. 642, auquel on se réfère constamment pour énoncer le droit à ce sujet, on pose le principe que pour établir le moyen de chose jugée le tribunal dont le jugement est invoqué doit avoir eu compétence et avoir rendu jugement directement sur la question en litige; mais si la question est venue en cause de façon annexe dans le premier tribunal, ou si celui-ci ne pouvait en connaître que de façon incidente, ou si on devait simplement l'inférer du jugement par raisonnement, le jugement n'est pas concluant.

La question n'étant pas *eadem questio*, je suis d'avis qu'en l'espèce il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de *l'issue estoppel*.

Deux questions annexes ont été soulevées au nom de M^me^ Angle. Premièrement, on dit que lors de la demande *ex parte* pour la délivrance des brefs de saisie «extent» il n'y avait pas de preuve sur l'origine de la dette de Transworld envers Kansas City Traders Ltd., ou que si dette il y avait il n'y avait pas de preuve que la dette était échue. Devant les cours d'instance inférieure, on ne s'est aucunement opposé aux brefs de saisie «extent» émis contre Kansas City Traders Ltd. ou contre Transworld. Transworld n'a pas attaqué le bref de saisie «extent» émis contre elle et il n'appartient pas à M^me^ Angle de le faire à ce stade-ci. Deuxièment, on dit, même si M^me^ Angle était débitrice de Transworld, il n'y avait aucune preuve selon laquelle

[12] [1893] A.C. 518.

October 6, 1969 Mrs. Angle said she was indebted to Transworld. The books of account and records of Transworld were taken out of the country by Mrs. Angle and her husband on leaving Canada in 1968 to reside in Las Vegas, Nevada and Mrs. Angle has since refused to produce those books and records. It is not alleged and there is no evidence to suggest that since October 6, 1969 she paid Transworld the amount of her debt to that company. There is an affidavit of a Las Vegas chartered accountant stating that the decision of the Exchequer Court eliminated the character of the indebteness of $34,612.33 as a debt or loan, and a similar affidavit of a Vancouver solicitor, but as I have indicated, I am of the opinion that the decision of the Exchequer Court did not have any such effect.

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

The judgment of Spence and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J. (*dissenting*)—This appeal concerns the propriety of a writ of extent in the third degree issued against the appellant at the instance of the respondent Minister. On the motion to set aside the writ, the sufficiency of the material upon which the *ex parte* application for the writ was made was challenged. Beyond that, it was contended that the basic foundation for the writ, an alleged debt owing to the second degree debtor who in turn was indebted to the first degree debtor from whom the Minister claimed unpaid income taxes, could not be asserted by the Minister because of the preclusive effect of *res judicata*. I am of the opinion that the more appropriate preclusive principle in this case is issue estoppel and that the appellant is entitled to succeed on that ground. I find it unnecessary therefore to deal with the alleged

elle l'était encore après le 31 janvier 1969, et plus particulièrement lors de la demande d'émission de brefs de saisie «extent» faite le 30 octobre 1970. Lors de son interrogatoire préalable, le 6 octobre 1969, M^me^ Angle a déclaré avoir une dette envers Transworld. Les livres de comptes, dossiers et registres de Transworld ont été transportés hors du pays par M^me^ Angle et son époux lorsqu'ils ont, en 1968, laissé le Canada pour aller demeurer à Las Vegas, Nevada, et M^me^ Angle a depuis refusé de produire ces livres, dossiers et registres. Il n'est pas allégué qu'elle aurait, depuis le 6 octobre 1969, payé à Transworld le montant de sa dette envers la compagnie, et il n'y a pas de preuve qui le donne à penser. Il existe une déclaration écrite faite sous serment par un comptable agréé de Las Vegas qui affirme que le jugement de la Cour de l'Échiquier a supprimé le caractère de dette ou d'emprunt de l'obligation afférente au montant de $34,612.33, de même qu'une déclaration écrite similaire faite sous serment par un avocat de Vancouver, mais comme je l'ai mentionné je suis d'avis que le jugement de la Cour de l'Échiquier n'a pas eu d'effet semblable.

Je suis d'avis, par conséquent, de rejeter l'appel avec dépens.

Le jugement des Juges Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN (*dissident*)—Cet appel concerne le droit d'émettre un bref de saisie «extent» de troisième degré délivré contre l'appelante à la demande du Ministre intimé. Lors de la requête en annulation du bref, on a contesté la suffisance des documents sur lesquels la demande faite *ex parte* pour l'émission du bref avait été faite. En plus, on a prétendu que le fondement de base pour l'émission du bref, soit un montant allégué être dû au débiteur du deuxième degré qui lui-même était débiteur du débiteur du premier degré de qui le Ministre réclamait le paiement d'impôts impayés, ne pouvait pas être invoqué par le Ministre, vu l'empêchement découlant de la chose jugée. Je suis d'avis que le principe qui peut le mieux justifier un empêchement en l'espèce est celui de *l'issue estoppel* (fin de non-recevoir à la remise en

deficiency of supporting material for the issue of the writ of extent against the appellant.

On October 3, 1968, a writ of extent was issued against Kansas City Traders Ltd. for the recovery out of its assets of $103,395.03 for unpaid taxes. By October, 1970, the amount of its indebtedness had been reduced to $40,266.71. On October 30, 1970, a successful application was made by the Minister for the issue of writs of extent in the second, third, fourth and fifth degrees against, respectively, Transworld Exploration Ltd., in the amount of $40,266.71 as being indebted to Kansas City in the amount of $44,707.70; the appellant, in the amount of $34,612.33, as being the amount of a debt owing by her to Transworld; and a firm of lawyers who acted for the appellant and were assignees of an agreement of sale of her house and the purchasers of the house under the agreement for sale, also in the amount of $34,612.33. On motion to set aside the writs of extent in the third, fourth and fifth degrees, the motion succeeded as to the firm of lawyers and as to the purchasers of the house, but was dismissed as to the appellant.

The *ex parte* application for the writs of extent herein and the motion to set them aside were heard by Deputy Judge F. A. Sheppard of the Exchequer Court. He had also presided at the appeal of the appellant herein against a tax assessment which involved adding to her taxable income for the years 1966 and 1967 the value of a "benefit", being a pool house constructed at the rear of her residence by Transworld. At that time the appellant was the principal shareholder and president of Transworld; and, despite her central contention that she was indebted to Transworld for the cost of the pool house, she was unable to persuade Sheppard J. that the Minister was wrong in assessing her for it as a benefit under the then s. 8(1)(*c*) of the

cause d'une question déjà décidée), et que sur ce moyen l'appelante a le droit d'avoir gain de cause. Je considère qu'il ne m'est donc pas nécessaire de traiter de l'insuffisance alléguée des documents justificatifs fournis en vue de l'émission du bref de saisie «extent» contre l'appelante.

Le 3 octobre 1968, un bref de saisie «extent» a été délivré contre Kansas City Traders Ltd. afin de percevoir sur ses biens la somme de $103,395.93 pour des impôts impayés. En octobre 1970, le montant de sa dette était tombé à $40,266.71. Le 30 octobre 1970, le Ministre a obtenu la délivrance de brefs de saisie «extent» aux deuxième, troisième, quatrième et cinquième degrés contre, respectivement, Transworld Exploration Ltd., au montant de $40,266.71, en tant que débitrice envers Kansas City de la somme de $44,707.70; l'appelante, au montant de $34,612.33, censé être le montant d'une dette de celle-ci envers Transworld; et une étude d'avocats autrefois mandataire de l'appelante et devenue cessionnaire du contrat de vente de sa maison ainsi que les acheteurs de la maison en vertu de ce contrat, également au montant de $34,612.33. Une requête en annulation des brefs de saisie «extent» aux troisième, quatrième et cinquième degrés a été accueillie à l'égard de l'étude d'avocats et des acheteurs de la maison mais elle a été rejetée à l'égard de l'appelante.

La demande *ex parte* en vue de l'émission de ces brefs de saisie «extent» et la requête visant à les faire annuler ont été entendues par M. le Juge suppléant Sheppard de la Cour de l'Échiquier. Il avait aussi présidé l'audition d'un appel de l'appelante à l'encontre d'une cotisation d'impôt ajoutant au revenu imposable de l'appelante, pour les années 1966 et 1967, la valeur d'un «bénéfice», soit un pavillon de bains construit à l'arrière de sa résidence par Transworld. A cette époque-là, l'appelante était le principal actionnaire et la présidente de Transworld; et, en dépit de sa prétention principale selon laquelle elle était débitrice de Transworld pour le coût du pavillon de bains, elle n'avait pu convaincre M. le Juge Sheppard que le Ministre avait eu tort de

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended. Judgment against the appellant was given in reasons delivered on November 17, 1969, long before the application for a writ of extent against her: see *Angle v. Minister of National Revenue*[13]. It is under this judgment that issue estoppel arises.

On the motion to set aside the writs of extent, Sheppard J. refused to consider his reasons for judgment in the appellant's tax appeal, speaking on this point as follows:

> There was no proof of the reasons for judgment nor that the alleged benefit or advantage within the reasons was the alleged indebtedness of Mrs. Angle to Transworld. For Mrs. Angle, it was contended that as the same judge was hearing the motion who had determined the judgment . . . therefore judicial notice could be taken of the judgment. The judgment is not a fact of which judicial notice may be taken.

There are occasions when insistence on excessive technicality (especially when the Crown or a Minister of the Crown in his official capacity is involved) gives credence to Mr. Bumble's well-known remonstrance in Dickens' "*Oliver Twist*." In this Court, leave was given to refer to the reasons in the tax judgment and, that done, counsel for the appellant and for the Minister agreed to the obvious, namely, that the pool house which gave rise to the "benefit" was also the foundation of the debt allegedly owing by the appellant to Transworld. I turn, therefore, to consider what was determined in the tax appeal and why it gives rise to issue estoppel in the present proceeding.

In adding $51,482.26 to the appellant's income for 1966 and another $4,912.94 for

[13] [1969] C.T.C. 624.

l'inclure comme bénéfice dans le calcul de son impôt en vertu de ce qui était alors l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, modifiée. Le jugement rendu contre l'appelante l'a été dans des motifs déposés le 17 novembre 1969, longtemps avant la demande faite en vue de l'émission d'un bref de saisie «extent» contre elle: voir *Angle v. Minister of National Revenue*[13]. C'est de ce jugement que découle *l'issue estoppel.*

Lors de la requête en annulation des brefs de saisie "extent", M. le Juge Sheppard a refusé de considérer les motifs du jugement qu'il avait rendu dans l'appel que l'appelante avait interjeté contre le fisc, et il s'est exprimé sur ce point de la façon suivante:

> La preuve des motifs du jugement n'a pas été faite et il n'a pas été prouvé que le bénéfice ou l'avantage prétendu visé par ces motifs constitue la dette prétendue de M^me^ Angle envers la Transworld. Au nom de M^me^ Angle, on a soutenu que le juge saisi de la requête étant celui-là même qui avait rendu le jugement. . . il s'ensuivait que connaissance judiciaire pouvait être prise de son jugement. Le jugement n'est pas un fait dont il peut être pris connaissance judiciaire.

Il est des occasions où l'insistance sur des exigences exagérées de procédure (particulièrement lorsque la Couronne ou un ministre de la Couronne en sa qualité officielle est concerné) fait ajouter foi à la remontrance bien connue de M. Bumble dans l'*Oliver Twist* de Dicken's. En cette Cour, autorisation a été accordée aux avocats de se référer aux motifs du jugement rendu dans l'affaire d'impôt et, cela ayant été fait, les avocats représentant l'appelante et le Ministre ont convenu de reconnaître ce qui était évident, soit, que le pavillon de bains qui avait constitué le «bénéfice» était aussi le fondement de la dette qu'on allègue être due par l'appelante à Transworld. Par conséquent, je passe à ce qui a été décidé dans l'appel interjeté en matière d'impôt et à la raison pour laquelle cela donne ouverture à *l'issue estoppel* en l'espèce.

En ajoutant $51,482.26 au revenu de l'appelante pour l'année 1966 et un autre montant de

[13] [1969] C.T.C. 624.

1967, as benefits from the construction of the pool house by Transworld, the Minister invoked s. 8(1)(*c*). His position was upheld by Sheppard J., save for the deduction of $4,151.62 from the additional reassessment for 1966, representing the value of some furniture and fixtures. It is desirable to set out s. 8(1) and (2) in whole, and those provisions are as follows:

**8.** (1) Where, in a taxation year,

(*a*) a payment has been made by a corporation to a shareholder otherwise than pursuant to a bona fide business transaction,

(*b*) funds or property of a corporation having been appropriated in any manner whatsoever to, or for the benefit of, a shareholder, or

(*c*) a benefit or advantage has been conferred on a shareholder by a corporation,

otherwise than

(i) on the reduction of capital, the redemption of shares or the winding-up, discontinuance or reorganization of its business,

(ii) by payment of a stock dividend, or

(iii) by conferring on all holders of common shares in the capital of the corporation a right to buy additional common shares therein

the amount or value thereof shall be included in computing the income of the shareholder for the year.

**8.** (2) Where a corporation has, in a taxation year, made a loan to a shareholder, the amount thereof shall be deemed to have been received by the shareholder as a dividend in the year unless

(*a*) the loan was made

(i) in the ordinary course of its business and the lending of money was part of its ordinary business,

(ii) to an officer or servant of the corporation to enable or assist him to purchase or erect a dwelling house for his own occupation,

(iii) to an officer or servant of the corporation to enable or assist him to purchase from the corporation fully paid shares of the corporation to be held by him for his own benefit, or

$4,912.94 pour 1967, à titre de bénéfices résultant de la construction du pavillon de bains par Transworld, le Ministre s'était fondé sur l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8. Sa position fut maintenue par M. le Juge Sheppard, sauf pour le retranchement d'une somme de $4,151.62 de la nouvelle cotisation supplémentaire afférente à l'année 1966, représentant la valeur de certains meubles et accessoires fixes. Il convient de reproduire les par. (1) et (2) de l'art. 8 au complet, ces dispositions se lisant comme suit:

**8.** (1) Lorsque, dans une année d'imposition,

*a*) un paiement a été fait par une corporation à un actionnaire autrement qu'en vertu d'une opération commerciale authentique,

*b*) des fonds ou biens d'une corporation ont été affectés de quelque manière que ce soit à un actionnaire ou à son avantage, ou

*c*) un bénéfice ou un avantage a été attribué à un actionnaire par une corporation,

autrement

(i) Qu'à l'occasion de la réduction de capital, du rachat d'actions, ou de la liquidation, cessation ou réorganisation de son entreprise,

(ii) qu'en payant un dividende sous forme d'actions, ou

(iii) qu'en conférant à tous les détenteurs d'actions ordinaires du capital de la corporation un droit d'y acheter des actions ordinaires additionnelles,

le montant ou valeur en l'espèce est inclus dans le calcul du revenu de l'actionnaire pour l'année.

**8.** (2) Lorsque, dans une année d'imposition, une corporation a consenti un prêt à un actionnaire, le montant de ce prêt est censé avoir été reçu par l'actionnaire à titre de dividende au cours de l'année, à moins que

*a*) le prêt n'ait été consenti

(i) dans le cours ordinaire de ses affaires et que les affaires ordinaires ne comprennent le prêt d'argent,

(ii) à un fonctionnaire ou préposé de la corporation pour lui permettre ou lui faciliter l'achat ou la construction d'une maison d'habitation qu'il occupera lui-même,

(iii) à un fonctionnaire ou préposé de la corporation pour lui permettre ou lui faciliter l'achat, de la corporation, d'actions libérées de celle-ci qu'il détiendra pour son propre bénéfice, ou

(iv) to an officer or servant of the corporation to enable or assist him to purchase an automobile to be used by him in the performance of the duties of his office or employment,

and bona fide arrangements were made at the time the loan was made for repayment thereof within a reasonable time, or

(*b*) the loan was repaid within one year from the end of the taxation year of the corporation in which it was made and it is established, by subsequent events or otherwise, that the repayment was not made as part of a series of loans and repayments.

Appellant contested the reassessment of her income on the ground that she did not obtain the pool house as a shareholder but as a lessor, that she was genuinely indebted to Transworld for it and that if there was any benefit it was received at the expiry of an alleged lease in 1968. None of these contentions was made out, and appellant's counsel said in this Court that it could be taken that Mrs. Angle did not expect to have to pay for the pool house. Although her attempted evasion of tax liability through a leasing scheme was exposed as a sham this does not make her contention in the present proceeding unsupportable. It is the Minister and not Mrs. Angle who is taking an inconsistent position in the light of what was decided in the tax appeal.

The appellant and the Minister were parties both to the tax appeal and to the present proceedings, into which the appellant was drawn by the Minister through a writ of extent, albeit they had their origin in a tax claim against a third person. Because of the difference in the two proceedings, it is not *res judicata* in its cause of action sense upon which the appellant can rely. Issue estoppel is what she must stand on and, as a principle, it is nothing new either in this Court or in the Courts of sister jurisdictions like the United Kingdom, Australia and the United States: see *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and*

(iv) à un fonctionnaire ou préposé de la corporation pour lui permettre ou lui faciliter l'achat d'une automobile dont il se servira dans l'accomplissement des fonctions de sa charge ou de son emploi,

et que des arrangements de bonne foi n'aient été conclus, lorsque le prêt a été consenti en vue de son remboursement dans un délai raisonnable, ou

*b*) le prêt n'ait été remboursé dans l'année à compter de la fin de l'année d'imposition de la corporation au cours de laquelle il avait été consenti et qu'il ne soit établi par les événements subséquents ou d'autre façon que le remboursement n'a pas été fait comme partie d'une série de prêts et de remboursements.

L'appelante avait contesté la nouvelle cotisation de son impôt pour le motif qu'elle n'avait pas obtenu le pavillon de bains à titre d'actionnaire, mais à titre de bailleur, qu'elle était réellement débitrice envers Transworld pour le coût de ce pavillon et que s'il y avait eu quelque bénéfice, celui-ci avait été reçu à l'expiration d'un bail en 1968. Aucune de ces prétentions ne fut prouvée comme fondée et l'avocat de l'appelante nous dit qu'on peut prendre pour acquis que M^me^ Angle ne s'attend pas à devoir payer pour le pavillon de bains. Même si sa tentative d'évasion fiscale au moyen d'un plan de location fut exposée au grand jour comme étant une simulation, cela ne rend pas sans fondement la prétention qu'elle avance en l'espèce présente. C'est le Ministre et non M^me^ Angle qui adopte une position incompatible à la lumière de ce qui a été décidé dans l'appel interjeté en matière d'impôt.

L'appelante et le Ministre se trouvent à avoir été parties tant à l'appel en matière d'impôt qu'aux procédures en l'espèce, dans lesquelles l'appelante a été plongée par le Ministre au moyen d'un bref de saisie «extent», bien qu'elles aient pris naissance dans une réclamation d'impôt contre une tierce personne. A cause de la différence qui existe entre les deux instances, ce n'est pas la chose jugée dans le sens d'une identité de causes d'action (*cause of action sense*) que l'appelante peut invoquer ici. C'est sur l'*issue estoppel* qu'elle doit s'appuyer et, en tant que principe, celui-ci n'est quelque chose

*Keeler Ltd. (No. 2)*[14]; *Thoday v. Thoday*[15]; *Blair v. Curran*[16]; Note, *Collateral Estoppel by Judgment*, (1952), 52 Col. L. Rev. 647.

There is no mystery as to what was decided in the tax appeal, *Angle v. Minister of National Revenue, supra.* An alleged lease to Transworld of the appellant's residential property (including the pool house) and an associated loan arrangement relating to a release by Transworld of its interest in the pool house for the sum of approximately $50,000 were both held to be ineffective. The associated loan was a circular arrangement which resulted in Transworld paying off the loan to itself; and for good measure Sheppard J. held that there could be no obligation of the appellant to pay the $50,000 because it was conditional upon the surrender by Transworld of its rights in the pool house and it had none because title had already vested in the appellant as owner of the freehold. Thus, it was that the value of the pool house was taxable as a "benefit" under s. 8(1)(*c*).

On what basis then does the Minister contend that there is a debt owing to Transworld by the appellant for the pool house in the sum of $34,612.33? This sum represents the balance after a credit of $15,000 allowed against the total cost as being the value of certain shares in another company transferred by the appellant to Transworld. However, the appellant, in the same tax appeal in which the value of the pool house was assessed against her as a benefit, was also charged with a profit of $12,750 on the transfer of the shares. Transworld's balance sheet as of January 31, 1969 shows $34,612.33 as due from the appellant, with a note that "[it]

[14] [1967] 1 A.C. 853.
[15] [1964] P. 181.
[16] (1939), 62 C.L.R. 464.

de nouveau ni en cette Cour ni dans les cours de ressorts apparentés avec le nôtre comme le Royaume Uni, l'Australie et les États-Unis: voir *Carl-Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.* (no. 2)[14]; *Thoday v. Thoday*[15], à la p. 197; *Blair v. Curran*[16]; Note, *Collateral Estoppel by Judgment*, (1952), 52 Col. L. Rev. 647.

Ce qui a été décidé dans l'appel en matière d'impôt, *Angle c. Ministre du Revenu national*, précité, n'est pas un mystère. Un bail qu'on aurait consenti à Transworld sur la propriété résidentielle de l'appelante (pavillon de bains compris) et, à cet égard, un prêt relatif à un abandon par Transworld de ses droits dans le pavillon contre une somme d'environ $50,000, ont tous deux été déclarés inefficaces. Le prêt relié à la location était une opération en circuit fermé dont le résultat était que Transworld remboursait le prêt à elle-même; et par souci d'abondance M. le Juge Sheppard a statué qu'il ne pouvait y avoir d'obligation de l'appelante de payer les 50,000 dollars s étant donné que cette obligation était subordonnée à la cession par Transworld de ses droits dans le pavillon et que Transworld n'en avait pas parce que le droit de propriété afférent au pavillon se trouvait déjà dévolu à l'appelante en sa qualité de propriétaire de la tenure libre. Ainsi, la valeur du pavillon de bains a été déclarée imposable à titre de «bénéfice» en vertu de l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8.

Sur quoi le Ministre se fonde-t-il alors pour prétendre qu'une dette de $34,612.33 est due par l'appelante à Transworld pour le pavillon de bains? Cette somme représente le solde du coût total après déduction d'un crédit de $15,000 autorisé comme valeur d'un certain nombre d'actions d'une autre compagnie, transférées par l'appelante à Transworld. Cependant, l'appelante, qui dans l'appel en matière d'impôt s'est vue cotisée comme bénéficiaire pour la valeur du pavillon de bains, s'est aussi dans la même instance vue cotisée pour un profit de $12,750 sur le transfert de ces actions. Le bilan de Transworld au 31 janvier 1969 indique qu'un

[14] [1967] 1 A.C. 853.
[15] [1964] P. 181.
[16] (1939), 62. C.L.R. 464.

represents a forced debit balance by the Vancouver District Taxation Office, by it escrowing cash on sale of [appellant's] house . . .". Notwithstanding Sheppard J.'s characterization of the value of the pool house on the tax appeal as a s. 8(1)(*c*) benefit, the Minister now says that he can still urge the $34,612.33 to be a debt because (1) the appellant admitted it to be a debt on her examination for discovery in the tax appeal proceedings; and (2) it is still owing as between Transworld and the appellant; and (3), in any event the value of the pool house can be at the same time both a benefit and a debt or a loan.

Appellant's assertion on her examination for discovery that the cost of construction of the pool house was a debt owing by her to Transworld was part of her case against the Minister's reassessment which was based by him on s. 8(1)(*c*). Sheppard J. rejected this construction of the pool house transaction and affirmed the Minister's position. For the Minister now to insist on the existence and validity of the debt, as if the assertion on discovery was a disembodied proposition, is unacceptable reprobation and approbation. Nor is his position any better in alleging that there is an outstanding debt as between the appellant and Transworld and that he is entitled to act on that fact in the writ of extent proceedings despite the determination made by Sheppard J. in the tax appeal. I propose to deal with this contention in the light of the authorities and of principle in respect of issue estoppel.

The Minister's position in law is founded on *res judicata* in its traditional cause of action sense. In tax matters, this was a position which rejected *res judicata* as an answer to tax liability

montant de $34,612.33 est dû par l'appelante, et il s'y trouve une note que [TRADUCTION] «[ceci] représente un solde débiteur forcé de la part du bureau de district de l'impôt de Vancouver, qui a entiercé le comptant provenant de la vente de la maison [de l'appelante] . . .». Malgré que M. le Juge Sheppard ait considéré que la valeur du pavillon de bains dans l'appel en matière d'impôt était un bénéfice selon l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8, le Ministre dit maintenant qu'il peut toujours prétendre que la somme de $34,612.33 est une dette parce que (1) l'appelante a reconnu qu'il s'agissait d'une dette lors de son interrogatoire préalable dans l'appel en matière d'impôt; et (2) que la somme est toujours due pour ce qui concerne l'appelante et Transworld; et (3) que, de toute façon, la valeur du pavillon de bains peut être en même temps un bénéfice et une dette ou un emprunt.

L'assertion de l'appelante lors de son interrogatoire préalable, selon laquelle le coût de construtction du pavillon de bains était une dette due par elle à Transworld, était un élément de la cause qu'elle soutenait contre la nouvelle cotisation du Ministre fondée sur l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8. M. le Juge Sheppard a rejeté cette interprétation de l'opération relative au pavillon et il a confirmé la position soutenue par le Ministre. Le fait, pour le Ministre, d'insister maintenant sur l'existence et la validité de la dette, comme si l'assertion faite lors de l'interrogatoire au préalable était une affirmation désincarnée, constitue une réprobation et une approbation inacceptables. Sa position n'est pas plus défendable lorsqu'il allègue qu'il existe une dette échue pour ce qui concerne l'appelante et Transworld et qu'il a le droit de se fonder sur ce fait-là pour obtenir délivrance du bref de saisie «extent» nonobstant la décision rendue par M. le Juge Sheppard dans l'appel interjeté en matière d'impôt. J'entends traiter de cette prétention à la lumière des précédents et des principes relatifs à l'*issue estoppel.*

La position du Ministre en droit est fondée sur la chose jugée dans son sens traditionnel d'identité de causes d'action. En matière fiscale, il s'agit d'une position qui a rejeté le moyen de

for a particular year although the taxpayer had successfully challenged liability on the same ground in a previous year: see *Caffoor v. Income Tax Commissioner*[17]. Long before this case, the High Court of Australia had recognized that there may be issue estoppel where *res judicata* in its cause of action or subject matter sense would not be open: see *Hoysted (or Hoystead) v. Commissioner of Taxation*[18]. Both the majority and dissenting opinions appreciated the distinction, and the reversal of the majority judgment by the Privy Council did not disavow it: see [1926] A.C. 155. Indeed, the Judicial Committee expressly approved the dissenting reasons of Higgins J. who had held that the tax commissioners were estopped by reason of a previous judgment of the High Court of Australia between the same parties relating to an earlier assessment, a judgment which, the Privy Council said (at p. 171) "was not merely incidental or collateral to the question [in issue, but] was fundamental to it". However, the Privy Council, at about the same time, but constituted differently as to the entire Board, took the *res judicata* subject matter approach in *Broken Hill Proprietary Co. Ltd. v. Broken Hill Municipal Council*[19]; and it was this case, and a later one in the House of Lords, *Society of Medical Officers of Health v. Hope*[20], that the Privy Council followed in *Caffoor*.

It acknowledged that the *Hoystead* case was not consistent with the authorities relied on in *Caffoor* and explained it as not having been argued on the principle of the *Broken Hill* case, namely, that the determination of an assessment for one year could not set up an estoppel upon an assessment for another year. Rather, said

[17] [1961] A.C. 584.
[18] (1921), 29 C.L.R. 537.
[19] [1926] A.C. 94.
[20] [1960] A.C. 551.

chose jugée comme moyen de défense à l'encontre d'une cotisation fiscale pour une année particulière bien que le contribuable eût contesté la cotisation d'une année précédente avec succès en se fondant sur des raisons identiques: voir *Caffoor v. Income Tax Commissioner*[17]. Longtemps avant cet arrêt, la Haute Cour d'Australie avait reconnu qu'il peut y avoir *issue estoppel* lorsqu'il n'y a pas ouverture à la chose jugée dans son sens d'identité de causes d'action ou d'objets: voir *Hoysted (ou Hoystead) v. Commissioner of Taxation*[18]. Les opinions majoritaire et dissidente avaient toutes deux reconnu la distinction, et le Conseil privé, en infirmant le jugement de la majorité, ne l'a pas désavouée: voir [1926] A.C. 155. En effet, le Comité judiciaire a expressément approuvé les motifs dissidents du Juge Higgins qui avait décidé que les commissaires à la taxation étaient non recevables en raison d'un jugement antérieur de la Haute Cour d'Australie entre les mêmes parties relatif à une cotisation antérieure, un jugement qui, selon le Conseil privé (à la p. 171) [TRADUCTION] «n'était pas simplement incident ou annexe à la question en litige, mais lui était fondamental.» Cependant, le Conseil privé, vers la même époque, mais constitué différemment quant au Comité dans son ensemble, a adopté l'approche de la chose jugée dans son sens d'identité d'objets dans l'arrêt *Broken Hill Proprietary Co. Ltd. v. Broken Hill Municipal Council*[19]; et c'est cette décision, et une décision subséquente de la Chambre des Lords, *Society of Medical Officers of Healt v. Hope*[20], que le Conseil privé a suivie dans l'arrêt *Caffoor*.

Il a reconnu que l'arrêt *Hoystead* n'était pas conforme aux précédents retenus dans *Caffoor* et il a donné comme explication qu'on n'avait pas plaidé l'affaire *Hoystead* sur le principe de l'arrêt *Broken Hill*, à savoir, que la décision rendue à l'égard d'une cotisation pour une année quelconque ne peut pas constituer une fin de

[17] [1961] A.C. 584.
[18] (1921), 29 C.L.R. 537.
[19] [1926] A.C. 94.
[20] [1960] A.C. 551.

Lord Radcliffe, referring in *Caffoor* at p. 601, to the *Hoystead* case:

> . . .the attention of the Board was wholly occupied with a discussion of what is quite a different issue in connection with estoppel, whether there can in law be estoppel *per rem judicatam* in respect of an issue of law which, though fundamental to the issue, has been conceded and not argued in an earlier proceeding.

Assuming, as is indicated in *Caffoor*, that the principles applied in the tax assessment cases "form a somewhat anomalous branch of the general law of estoppel *per rem judicatam* and are not easily derived from or transferred to other branches of litigation in which such estoppels have to be considered" (see [1961] A.C. at pp. 599-600), the present case does not involve successive tax assessments against the appellant and hence cannot rest on the indicated anomaly. Moreover, so far as English cases are concerned, it seems to me that what was said on issue estoppel in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.* (No. 2)[21], makes it unlikely that any anomalous rule, such as that upon which *Caffoor* appeared to be based, retains any survival value. At any rate, I would reject the introduction of such an anomaly into the law of Canada.

I cannot fail to note that none of the Law Lords in the *Carl Zeiss* case examined either *Caffoor* or *Broken Hill*, and only Lord Reid mentioned *Hoystead* and then only on the question whether issue estoppel applies equally to a point of assumption or admission as to a point fully litigated. In the present case, there was full litigation, to finality, of the issue and characterization of the value of the pool house, and hence the doubtful point in issue estoppel arising from what was said in the *Hoystead* case does not arise here.

[21] [1967] 1 A.C. 853.

non-recevoir à l'encontre d'une cotisation pour une autre année. Plutôt, selon Lord Radcliffe, qui, à la p. 601 de l'arrêt *Caffoor*, se référait à l'affaire *Hoystead:*

> [TRADUCTION] . . . l'attention du Comité s'était portée entièrement sur l'examen de ce qui est une question bien différente relativement à la fin de non-recevoir (*estoppel*), celle de savoir si en droit il peut y avoir *estoppel per rem judicatam* quant à une question de droit qui, bien que fondamentale à la question en litige, a été concédée et non débattue dans une procédure antérieure.

Supposant, tel qu'indiqué dans *Caffoor,* que les principes appliqués aux affaires de cotisation d'impôt [TRADUCTION] «constituent un secteur quelque peu anormal du droit général relatif à *l'estoppel per rem judicatam,* et ne peuvent facilement tirer origine des autres secteurs du contentieux dans lesquels on doit tenir compte de semblables *estoppels,* ou y être transposés» (voir [1961] A.C. aux pp. 599-600), l'espèce présente ne met pas en cause des cotisations d'impôt successives contre l'appelante et par conséquent ne peut reposer sur l'anomalie dont il est question. De plus, dans la mesure où la jurisprudence anglaise est concernée, il me semble que ce qui a été dit sur *l'issue estoppel* dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.* (n° 2)[21], rend improbable qu'une règle anormale quelconque, comme celle sur laquelle l'arrêt *Caffoor* a semblé être fondé, puisse garder quelque valeur à l'avenir. De toute façon, je rejetterais l'introduction de semblable anomalie dans le droit canadien.

Je ne puis m'empêcher d'observer qu'aucun des membres juristes de la Chambre des lords dans l'affaire *Carl Zeiss* n'a pris en considération soit *Caffoor* soit *Broken Hill,* et que seul Lord Reid a mentionné *Hoystead* et là seulement sur le point de savoir si *l'issue estoppel* s'applique autant à un point postulé ou concédé qu'à un point qui a été débattu à fond. En l'espèce présente, il y avait eu débat complet, jusqu'à décision finale, sur la question en litige, et qualification de la valeur du pavillon de bains, et, par conséquent, le point douteux qui découle de ce qui a été dit dans l'arrêt *Hoystead* en matière *d'issue estoppel* ne surgit pas ici.

[21] [1967] 1 A.C. 853.

The basis of issue estoppel as well as a cause of action estoppel has been variously explained; for example, that it is "founded on considerations of justice and good sense" (see *New Brunswick Railway Co. v. British and French Trust Corp. Ltd.*[22], at p. 19); that it is "founded upon the twin principles so frequently expressed in Latin that there should be an end to litigation and justice demands that the same party shall not be harassed twice for the same cause" (*Carl Zeiss* case, per Lord Upjohm at p. 946, per Lord Guest at p. 933); that is founded on "the general interest of the community in the termination of disputes, and in the finality and conclusiveness of judicial decisions; and . . . the right of the individual to be protected from vexatious multiplication of suits and prosecutions . . . " (Spencer-Bower and Turner, *Res Judicata*, (2nd ed. 1969), p. 10). Although, as Lord Reid said in the *Carl Zeiss* case, at p. 913, "issue estoppel may be a comparatively new phrase" (and is also known, especially in American decisions and writings, as collateral estoppel or issue proclusion), as a principle it goes back almost two hundred years in English case law to the *Duchess of Kingston's* Case[23]. It has been recognized as well in Canadian case law as the following statement by Middleton J.A. in *McIntosh v. Parent*[24], at p. 555, attests:

When a question is litigated the judgment of the Court is a final determination between the parties and their privies. Any right, question or fact distinctly put in issue and directly determined by a court of competent jurisdiction as a ground of recovery or as an answer to a claim set up cannot be retried in a subsequent suit between the same parties or their privies though for a different cause of action. The

[22] [1939] A.C. 1.
[23] (1776), 20 St. Tr. 355.
[24] (1924), 55 O.L.R. 552.

Le fondement de *l'issue estoppel* aussi bien que du *cause of action estoppel* a reçu diverses explications; par exemple, qu'il est [TRADUCTION] «fondé sur des considérations de justice et de bon sens» (voir *New Brunswick Railway Co. v. British and French Trust Corp. Ltd*[22]., à la p. 19); qu'il est [TRADUCTION] «fondé sur les principes jumeaux si fréquemment exprimés en latin selon lesquels tout litige doit avoir une fin et la justice exige que la même partie ne soit pas harassée deux fois pour la même cause» (affaire *Carl Zeiss*, d'après Lord Upjohn, p. 946, d'après Lord Guest, p. 933); qu'il est fondé sur [TRADUCTION] «l'intérêt général de la collectivité à ce que les différends prennent fin, et à ce que les décisions judiciaires aient un caractère final et concluant, et . . . sur le droit de l'individu à être protégé d'une multiplicité vexatoire de demandes et de poursuites . . .» (Spencer-Bower et Turner, *Res Judicata*, (2ème éd. 1969), p. 10). Bien que, comme le disait Lord Reid dans l'arrêt *Carl Zeiss*, à la p. 913, [TRADUCTION] «*issue estoppel* puisse être une expression relativement nouvelle» (et soit aussi connue, en particulier dans les décisions et auteurs américains, sous le nom de *collateral estoppel*» (fin de non-recevoir annexe) ou encore de «*issue preclusion*» (empêchement à question)), en tant que principe l'*issue estoppel* remonte à presque deux cents ans en arrière dans le droit jurisprudentiel anglais, jusqu'à l'arrêt *Duchess of Kingston's*[23]. Il a été également reconnu dans le droit jurisprudentiel canadien, comme le démontre l'énoncé suivant du Juge d'appel Middleton dans l'arrêt *McIntosh v. Parent*[24], à la p. 555:

[TRADUCTION] Lorsqu'une question est soumise à un tribunal le jugement de la cour devient une décision finale entre les parties et leurs ayants droit. Les droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés par un tribunal compétent comme motifs de recouvrement ou comme réponses à une prétention qu'on met de l'avant, ne peuvent être jugés de nouveau dans une poursuite subséquente

[22] [1939] A.C. 1.
[23] (1776), 20 St. Tr. 355.
[24] (1924), 55 O.L.R. 552.

right, question or fact once determined must as between them be taken to be conclusively established so long as the judgment remains. . .

Issue estoppel has been recognized in this country and in this Court in criminal cases (see, for example, *Wright, McDermott and Feeley v. The Queen*[25], and it is no less applicable in civil matters. Nor is the application of that principle in any way affected because it is directed against a Minister of the Crown: see *Fonseca v. Attorney General of Canada*[26], at p. 619. I see no reason to introduce any anomalies or exceptions to its general application if the facts call for it. The remaining question here then is whether the facts as between the appellant and the Minister bring issue estoppel into play.

The Minister's contention that the pool house transaction can be both a benefit and a loan or debt at the same time ignores the basis upon which he sought and succeeded in his reassessment of the appellant. There are two related points here which call for comment. First, the Minister founded his claim against the appellant upon s. 8(1)(*c*) and not upon s. 8(1)(*a*) or (*b*) or s. 8(2). Any question of a loan, arising from the arrangements for a bank credit to Transworld which was ultimately repaid by a Transworld cheque (leaving Transworld and the appellant where they were before), was negated by Sheppard J. as having been dependent upon a lease which was ineffective to support it. A device which failed as a defence to a reassessment, and so determined by a final judicial decision, cannot, in my view, be later reactivated as between the same parties to provide a different basis upon which to attempt to capture the same sum twice. There were, arguably, "funds or property" within s. 8(1)(*b*) or "a benefit or advantage" within s. 8(1)(*c*) conferred upon the appellant by Transworld, and the Minister chose to make his case under s. 8(1)(*c*). The logic of his present position would equally warrant him

[25] [1963] S.C.R. 539.
[26] (1889), 17 S.C.R. 612.

entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, même si la cause d'action est différente. Le droit, la question ou le fait, une fois qu'on a statué à son égard, doit être considéré entre les parties comme établi de façon concluante aussi longtemps que le jugement demeure . . .

*L'issue estoppel* a été reconnu en ce pays et en cette Cour dans les affaires criminelles (voir, par exemple, *Wright, McDermott et Feely c. La Reine*[25] ), et ne s'applique pas moins en matière civile. L'application de ce principe n'est pas non plus atteinte parce qu'il est invoqué à l'encontre d'un ministre de la Couronne: voir *Fonseca c. Procureur général du Canada*[26], à la p. 619. Je ne vois aucune raison d'introduire des anomalies ou des exceptions à son application générale si les faits permettent de l'invoquer. Ici, la question qui reste à décider est de savoir si les faits tels qu'ils existent entre l'appelante et le Ministre font entrer en jeu *l'issue estoppel.*

La prétention du Ministre que la transaction relative au pavillon de bains peut être à la fois un bénéfice et un emprunt ou une dette en même temps ne tient pas compte du fondement sur lequel il a voulu et obtenu la nouvelle cotisation qu'il recherchait à l'égard de l'appelante. Il y a ici deux points reliés qui appellent des commentaires. D'abord, le Ministre a fondé sa réclamation contre l'appelante sur l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8 et non pas sur les al. *a*) ou *b*) du par. (1) ou sur le par. (2), même article. Toute évocation d'un prêt, résultant des dispositions prises pour que la banque émette en faveur de Transworld un crédit qui en définitive a été remboursé par un chèque de Transworld (laissant Transworld et l'appelante dans la situation où elles étaient auparavant), a été repoussée par M. le Juge Sheppard comme subordonnée à un bail qui ne pouvait efficacement lui servir de fondement. Un expédient qui a failli comme moyen de défense à l'encontre d'une nouvelle cotisation, et qui est donc réglé par une décision judiciaire finale, ne peut, à mon avis, être par la suite réactivé entre les mêmes parties de façon à fournir une base différente sur laquelle tenter de capturer la même somme une seconde fois. On

[25] [1963] R.C.S. 539.
[26] (1889), 17 R.C.S. 612.

in claiming that a debt exists under s. 8(1)(*b*) which could be the subject of a writ of extent. If the Minister had succeeded in making his case in the tax appeal under s. 8(2), it would have been on the basis that there had been a loan which did not come within any of the exceptions to taxability. That, however, was not how the Minister chose to characterize the value of the pool house, and, clearly, on the facts there was no basis for contending that there had been a loan, giving rise in that aspect to a debt.

Even on the assumption that as between Transworld and the appellant a debt had arisen at the time, I do not think that the Minister can urge this against the appellant in the present case. There are two affidavits in the record of this case, by a chartered accountant and by a solicitor respectively, which state and explain why the sum of $34,612.33 was written off as an indebtedness as of January 31, 1970. It is immaterial whether these affidavits, upon which there was no cross-examination, be taken at face value. At worst, they underline the position taken by the Minister against the appellant in the tax appeal. Where issue estoppel is concerned I do not think that there is any warrant for invoking a *jus tertii*. Moreover, to do so in the present case would be to rely, in another form, on the same rejected view of the transaction that the Minister has asserted with respect to the appellant's admission on her examination for discovery in the tax appeal. The matter in issue is one between parties or their privies, and here this means only the Minister and the appellant.

pouvait alléguer qu'il y avait eu attribution à l'appelante par Transworld de «fonds ou biens» selon l'al. *b*) du par. (1) de l'art. 8 ou d' «un bénéfice ou d'un avantage» selon l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 8, et le Ministre a choisi de procéder en vertu de l'al. *c*). La logique de sa position actuelle l'autoriserait également à prétendre qu'il existe en vertu de l'al. *b*) du par. (1) de l'art. 8 une dette qui pourrait faire l'objet d'un bref de saisie «extent». Si le Ministre avait eu gain de cause en procédant en vertu du par. (2) de l'art. 8 dans l'appel en matière d'impôt, cela aurait été sur la base de l'existence d'un prêt qui n'était visé par aucune des exceptions à l'imposition. Cela, cependant, n'est pas la façon dont le Ministre a choisi de qualifier la valeur du pavillon de bains, et, de toute évidence, d'après les faits, il n'y avait pas de fondement sur lequel prétendre qu'il y avait eu un prêt, donnant lieu sous cet aspect à une dette.

Même dans l'hypothèse que, pour ce qui concernait Transworld et l'appelante, une dette soit intervenue à l'époque, je ne pense pas que le Ministre puisse invoquer cela contre l'appelante en l'espèce présente. Il y a au dossier de la présente affaire deux déclarations sous serment, souscrites l'une par un comptable agréé et l'autre par un avocat, qui déclarent et expliquent pourquoi la somme de $35,612.33 a été radiée comme créance à compter du 31 janvier 1970. Il est sans conséquence de se demander si ces déclarations sous serment, qui n'ont fait l'objet d'aucun contre-interrogatoire, doivent être acceptées telles quelles. Au pire, elles soulignent la position qu'a prise le Ministre contre l'appelante dans l'appel interjeté en matière d'impôt. Lorsque l'*issue estoppel* est en cause, je ne crois pas que l'on puisse invoquer le droit d'un tiers. De plus, le faire en l'espèce équivaudrait à s'appuyer, sous une autre forme, sur la même conception rejetée de l'opération que le Ministre a mise de l'avant relativement à l'aveu fait par l'appelante lors de l'interrogatoire préalable qu'elle a subi dans l'appel interjeté en matière d'impôt. La question en litige est une question qui concerne les parties ou leurs ayants droit, ce qui veut dire ici le Ministre et l'appelante seulement.

I would, accordingly, allow the appeal and vary the order of Sheppard J. by directing that the writ of extent in the third degree against the appellant be set aside. She is entitled to her costs in this Court and also in the Exchequer Court in respect of the writ of extent against her.

*Appeal dismissed with costs,* SPENCE *and* LASKIN JJ. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: C. C. Sturrock, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: N. D. Mullins, Vancouver.*

Par conséquent, j'accueillerais l'appel et modifierais l'ordonnance de M. le Juge Sheppard en ordonnant que le bref de saisie «extent» au troisième degré contre l'appelante soit annulé. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et aussi en Cour de l'Échiquier à l'égard du bref de saisie «extent» émis contre elle.

*Appel rejeté avec dépens, les Juges* SPENCE *et* LASKIN *étant dissidents.*

*Procureur de l'appelante: C. C. Sturrock, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé: N. D. Mullins, Vancouver.*

**Zelma May Goldsworthy** *Appellant;*

and

**William Maurice Thompson** *Respondent.*

1974: June 12; 1974:June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Wills—Undue influence—Burden of proof—Son preparing will for aged father—Benefits for testator's daughter under previous will and codicils thereto substantially reduced—Undue influence on part of son established.*

The effect of a will executed by the testator on April 9, 1969, was to exclude the appellant from anything but a share of the residue whereas under an earlier will of the testator of April 14, 1964, and codicils thereto of June 17, 1964, and April 14, 1968, she was to have that share, amounting to some $5,000 and as well a benefit worth $20,000 in cash and shares in a family company.

The respondent, brother of the appellant, not only proposed the testamentary changes that his ailing father made but prepared the will for execution, albeit the will of 1964 had been prepared by a solicitor who acted in such matters for the testator. Moreover, the changes were initiated by the respondent after his sister had departed following a visit of almost six months with the father who was then in a nursing home. At no time during the sister's long visit did the respondent discuss with her the changes that were ultimately made in the father's will, and made a year after the codicil of April 14, 1968, had confirmed the intended benefits for the sister.

A majority of the Court of Appeal reversed the trial judge and admitted the will of April 9, 1969, to probate. The sister appealed to this Court.

*Held:* The appeal should be allowed.

The trial judge's conclusions of fact were supported by the evidence, and in finding that the burden of proving undue influence had been discharged he committed no reversible error. The respondent's allegation that the impugned will simply carried out an understanding under an agreement made, at the testa-

**Zelma May Goldsworthy** *Appelante;*

et

**William Maurice Thompson** *Intimé.*

1974: le 12 juin; 1974: le 28 juin.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Testaments—Influence indue—Fardeau de la preuve—Fils rédigeant un testament pour son père âgé—Les avantages pour la fille du testateur en vertu d'un testament antérieur réduits considérablement—Preuve d'influence indue de la part du fils intimé.*

Le testament fait par le testateur le 9 avril 1969, avait pour effet de n'accorder à l'appelante qu'une part du résidu successoral alors que, aux termes d'un testament antérieur daté du 14 avril 1964, et de ses codicilles datés des 17 juin 1964 et 14 avril 1968, elle devait recevoir, en plus de cette part d'une valeur d'environ $5,000, un legs d'une valeur de $20,000 en espèces et en actions d'une compagnie de la famille.

L'intimé, frère de l'appelante, a non seulement proposé les modifications que son père malade a apporté à son testament mais a aussi rédigé le testament pour signature, même si le testament de 1964 avait été rédigé par un avocat qui agissait au nom du testateur dans les affaires de ce genre. En outre, c'est après le départ de sa sœur, qui venait de passer presque six mois avec son père qu'on gardait dans une maison de repos, que l'intimé a entrepris de faire modifier le testament. Durant le séjour prolongé de sa sœur, l'intimé n'a jamais discuté avec elle des modifications par la suite apportées au testament du père, et qu'on a apportées un an après le codicille du 14 avril 1968 qui confirmait les avantages prévus pour la sœur.

Une majorité de la Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance et a admis l'homologation du testament du 9 avril 1969. La sœur a interjeté appel devant cette Cour.

*Arrêt:* Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait qui étaient étayées par la preuve, et lorsqu'il a conclu que la sœur s'était acquittée du fardeau de prouver qu'il y avait eu influence indue, il n'a pas commis d'erreur donnant lieu à cassation. La prétention de l'intimé que le testament contesté ne faisait

tor's insistence, between the appellant and the respondent was rebutted by the codicil of April 14, 1968, in which the respondent had a hand and which reaffirmed the $20,000 benefit to the appellant.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba, reversing a judgment of Coleman Surr. Ct. J., refusing probate of a will. Appeal allowed with costs.

*C. R. Huband*, for the appellant.

*W. C. Newman, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal involves the single question whether a will, dated and executed on April 9, 1969, should be denied probate because of undue influence exercised by the respondent, a son of the aged testator. The contest is between him and his sister, the appellant in this Court, who succeeded before Surrogate Court Judge Coleman in establishing undue influence on the part of the respondent. Under an earlier will of April 14, 1964, and codicils thereto of June 17, 1964, and April 14, 1968, benefits which were substantial, relative to a small estate consisting in the main of shares in a family company, cash and insurance, were provided for the appellant. The effect of the will of April 9, 1969, was to exclude the appellant from anything but a share of the residue whereas under the earlier will and codicils she was to have that share, amounting to some $5,000 and as well a benefit worth $20,000 in cash and company shares.

The Manitoba Court of Appeal, with Dickson J.A., as he then was, dissenting, reversed the trial judge and admitted the impugned will to probate. In so doing the learned Chief Justice of Manitoba, Freedman C.J.M., with whom Monnin J.A. agreed, viewed the evidence from a different perspective than did the trial judge and Dickson J.A. He was of the opinion that the findings of fact made by the trial judge were findings from which inferences had to be drawn, and in his opinion the trial judge drew the wrong

qu'exécuter un accord intervenu entre l'appelante et l'intimé, à la demande instante du testateur, est réfutée par le codicille du 14 avril 1968 auquel l'intimé avait mis la main et qui confirmait l'avantage de $20,000 en faveur de l'appelante.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, infirmant un jugement du Juge Coleman du tribunal d'homologation, lequel a refusé d'homologuer un testament. Pourvoi accueilli avec dépens.

*C. R. Huband*, pour l'appelante.

*W. C. Newman, c.r.*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appel a pour objet la seule question de savoir s'il y a lieu de refuser l'homologation d'un testament daté et signé le 9 avril 1969, pour cause d'influence indue de la part de l'intimé, fils du testateur. L'intimé est en contestation avec sa sœur, appelante devant cette Cour, qui a réussi, devant M. le Juge Coleman du tribunal d'homologation, à établir qu'il y a eu influence indue de la part de l'intimé. Un testament antérieur daté du 14 avril 1964, et ses codicilles datés des 17 juin 1964 et 14 avril 1968, prévoyaient pour l'appelante une part considérable d'un petit patrimoine constitué principalement d'actions d'une compagnie de famille, d'espèces et d'assurances. Le testament du 9 avril 1969 a pour effet de n'accorder à l'appelante qu'une part du résidu successoral alors que, aux termes du premier testament et de ses codicilles, elle devait recevoir, en plus de cette part d'une valeur d'environ $5,000, un legs d'une valeur de $20,000 en espèces et actions de compagnie.

La Cour d'appel du Manitoba (M. le Juge Dickson, alors juge d'appel, étant dissident) a infirmé le jugement de première instance et a admis à l'homologation le testament contesté. En ce faisant, le savant juge en chef du Manitoba, le Juge en chef Freedman, avec qui M. le Juge Monnin était d'accord, a considéré la preuve d'un point de vue différent de celui du juge de première instance et de M. le Juge d'appel Dickson. Il a été d'avis que les conclusions de fait du juge de première instance appe-

inferences. I do not see the case in this light. What was of central importance was the trial judge's advantage in seeing and hearing the witnesses, and especially the respondent who not only proposed the testamentary changes that his ailing father made but prepared the will for execution, albeit the will of 1964 had been prepared by a solicitor who acted in such matters for the testator. Moreover, the changes were initiated by the respondent after his sister had departed following a visit of almost six months with the father who was then in a nursing home. At no time during the sister's long visit did the respondent discuss with her the changes that were ultimately made in the father's will, and made a year after the codicil of April 14, 1968, had confirmed the intended benefits for the sister.

In my opinion, the trial judge's conclusions of fact were supported by the evidence, and in finding that the burden of proving undue influence had been discharged he committed no reversible error. The main point urged upon this Court by counsel for the respondent was that an agreement made, at the testator's insistence, on October 6, 1964, between the appellant and the respondent, for the forced purchase by the latter after the testator's death of 23 family company shares which had been owned for many years by the appellant and as well an additional 12 shares which would come to her under the then will, was premised on an understanding that all the money for the purchase would come to the respondent out of the testator's estate and that the will of April 9, 1969, simply carried out this understanding. It is enough to say that this view of the matter is inconsistent with the codicil of April 14, 1968, in which the respondent had a hand and which, for all practical purposes, reaffirmed the $20,000 benefit that was to go to the appellant, without affecting any obligation she had under the agreement to sell her shares to her brother and her right to be paid for them by him.

laient à faire des déductions, et selon lui les déductions tirées par le juge de première instance étaient erronées. Ce n'est pas ainsi que je vois l'affaire. Ce qui est d'importance capitale, c'est l'avantage que le juge de première instance avait de voir et d'entendre les témoins, et plus particulièrement l'intimé qui a non seulement proposé les modifications que son père malade a apportées à son testament mais qui a aussi rédigé le testament pour signature, même si le testament de 1964 avait été rédigé par un avocat qui agissait au nom du testateur dans les affaires de ce genre. En outre, c'est après le départ de sa sœur, qui venait de passer presque six mois avec son père qu'on gardait dans une maison de repos, que l'intimé a entrepris de faire modifier le testament. Durant le séjour prolongé de sa sœur, l'intimé n'a jamais discuté avec elle des modifications par la suite apportées au testament du père, et qu'on a apportées un an après le codicille du 14 avril 1968 qui confirmait les avantages prévus pour la sœur.

A mon avis, le juge de première instance a tiré des conclusions de fait qui sont étayées par la preuve, et lorsqu'il a conclu que la sœur s'était acquittée du fardeau de prouver qu'il y avait eu influence indue, il n'a pas commis d'erreur donnant lieu à cassation. Ce que l'avocat de l'intimé a fait valoir principalement devant cette Cour, c'est qu'un accord, intervenu entre l'appelante et l'intimé le 6 octobre 1964 à la demande instante du testateur et prévoyant l'achat obligatoire, par l'intimé, après le décès du testateur, de 23 actions de la compagnie de famille détenues par l'appelante depuis plusieurs années, de même que l'achat obligatoire de 12 actions dont elle devait hériter aux termes du testament en vigueur à l'époque, que cet accord, dis-je, était axé sur l'entente préalable que tout l'argent nécessaire à l'achat des actions viendrait à l'intimé de la succession du testateur, une entente qu'il a prétendu que le testament du 9 avril 1969 ne faisait que mettre à exécution. Qu'il suffise de dire que cette façon d'envisager la question est incompatible avec le codicille du 14 avril 1968 auquel l'intimé avait mis la main et qui, à toutes fins utiles, confirmait l'appelante dans son droit à l'avantage de $20,000, sans préju-

The other matters of fact upon which the conclusion of undue influence was based were fully canvassed in the reasons of the trial judge, and since I take the same view of them as did Dickson J.A. I find it unnecessary to examine them afresh.

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the judgment of the Manitoba Court of Appeal and restore the judgment of the Surrogate Court judge. The appellant should have her costs in this Court and in the Manitoba Court of Appeal.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Richardson & Co., Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Newman, MacLean, Winnipeg.*

dice d'aucune obligation qu'elle avait aux termes de l'accord de vendre ses actions à son frère ni de son droit d'en recevoir le prix de ce dernier.

Les autres matières de fait sur lesquelles est appuyée la conclusion d'influence indue sont étudiées à fond dans les motifs du savant juge de première instance, et puisque je les vois de la façon dont M. le Juge d'appel Dickson les a vues en Cour d'appel, j'estime qu'il est inutile pour moi de les examiner de nouveau.

En conséquence, je suis d'avis de faire droit à l'appel, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir le jugement du tribunal d'homologation. En outre, l'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en la Cour d'appel du Manitoba.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Richardson & Co., Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimé: Newman, MacLean, Winnipeg.*

**Lawrence Wilburn Corbett** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

1973: December 12; 1973: December 21.

Present: Abbott, Martland, Judson, Spence, Pigeon, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law—Conviction on charge of non-capital murder—Appeal—Application of s. 613(1) (a) (i) of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34.*

The appellant was found guitly of non-capital murder. The essential witness for the Crown was the wife of the murdered man. She identified the accused at a line-up three days after her husband was killed, but there were some discrepancies between her statement of the facts and some relevant physical facts observed by other witnesses shortly after the crime. The Court of Appeal dismissed an appeal, and the only difference of opinion there was as to the application of s. 613 (1) (*a*) (i) of the *Criminal Code* which provides that a Court of Appeal may allow an appeal where it is of the opinion that the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence.

*Held* (Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Abbott, Martland, Judson, Pigeon and Dickson JJ.: If the judges of the majority in the Court of Appeal had held that their function under s. 613(1)(*a*)(i) was only to decide whether there was evidence, this would be reversible error. The Court of Appeal must satisfy itself not only that there was evidence requiring the case to be submitted to the jury, but also that the weight of such evidence is not so weak that a verdict of guilty is unreasonable. This cannot be taken to mean that the Court of Appeal is to substitute its opinion for that of the jury. The word of the enactment is "unreasonable", not "unjustified". The jurors are the triers of the facts and their finding is not to be set aside because the judges in appeal do not think they would have made the same finding if sitting as jurors. This is only to be done if they come to the conclusion that the verdict is such that no twelve reasonable men could possibly have reached it acting judicially.

**Lawrence Wilburn Corbett** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

1973: le 12 décembre; 1973: le 21 décembre.

Présents: Les Juges Abbott, Martland, Judson, Spence, Pigeon, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel—Déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation de meurtre non qualifié—Appel—Application de l'art. 613(1) a) (i) du Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34.*

L'appelant a été trouvé coupable de meurtre non qualifié. Le témoin principal de la poursuite était la femme de la victime. Elle a identifié l'accusé dans une parade d'identification trois jours après la mort de son mari, mais il y a quelques divergences entre sa déposition et certains faits matériels pertinents que d'autres témoins ont constatés peu après le crime. La Cour d'appel a rejeté l'appel et la seule divergence d'opinions a porté sur l'application du sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613 du *Code criminel* qui prévoit que la Cour d'appel peut admettre l'appel si elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

*Arrêt* (les Juges Spence et Laskin étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Les* Juges Abbott, Martland, Judson, Pigeon et Dickson: Si les juges de la majorité en Cour d'appel avaient jugé que leur rôle en vertu du sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613 était seulement de déterminer s'il y avait preuve à l'appui du verdict, il y aurait là erreur donnant lieu à cassation. La Cour d'appel doit s'assurer non seulement qu'il existe une preuve exigeant que l'affaire soit soumise au jury, mais également que le poids de cette preuve n'est pas si faible qu'un verdict de culpabilité soit déraisonnable. Cela ne veut pas dire que la Cour d'appel doit substituer son opinion à celle du jury. Le texte de loi dit bien «déraisonnable», et non pas «injustifié». Ce sont les membres du jury qui jugent les faits et leur conclusion ne doit pas être écartée simplement parce que les juges de la Cour d'appel ne pensent pas qu'ils auraient eux-mêmes abouti à la même conclusion s'ils avaient siégé comme membres du jury. La conclusion du jury ne peut être rejetée que si la Cour d'appel arrive à la conclusion que le verdict est tel qu'aucun jury composé de douze hommes raisonnables jugeant de façon judiciaire n'aurait pu aboutir au verdict rendu.

Section 4(5) of the *Canada Evidence Act*, which provides that the failure of a person charged, to testify, "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail, in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

L'article 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui porte que l'abstention d'une personne accusée de témoigner «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury manquera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

*Per* Spence and Laskin JJ., *dissenting*: The difference between the question whether there is *any* evidence upon which a jury may convict and the question whether "the verdict is unreasonable or cannot be supported by *the* evidence" is not only the difference between s. 613(1)(*a*)(ii) and s. 613(1)(*a*)(i) but is the central matter that must engage the provincial appellate Court when its jurisdiction is invoked on an appeal from conviction on the grounds stated in s. 613(1)(*a*)(i). The majority of the Court of Appeal rested their dismissal of the accused's appeal on the ground that there was evidence upon which the jury could convict.

*Les* Juges Spence et Laskin, *dissidents*: La différence entre la question de savoir s'il y a *une* preuve sur laquelle le jury pouvait rendre son verdict et la question de savoir si «le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur *la* preuve» n'est pas seulement la différence entre les sous-al. (ii) et (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613, mais constitue la question centrale qui doit engager la Cour d'appel provinciale lorsque sa compétence est invoquée sur un appel d'une déclaration de culpabilité fondé sur les motifs énoncés au sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613. La majorité de la Cour d'appel a basé le rejet de l'appel interjeté par l'accusé sur le motif qu'il y avait preuve sur laquelle le jury pouvait se fonder pour rendre un verdict de culpabilité.

The jury must have treated the wife of the victim as a credible witness. But the credibility of a witness to a jury cannot alone invalidate the contention that their verdict is unreasonable or cannot be supported on the evidence as a whole. This was the mistake that the majority of the Court of Appeal made in their approach to s. 613(1)(*a*)(i). The members of a provincial appellate Court must weigh the evidence in bringing their own judgment to bear on the issue whether the jury's verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence and they are entitled to substitute their opinion for that of the jury on that issue.

Le jury a dû considérer la femme de la victime comme un témoin digne de foi. Mais le fait qu'un témoin soit, pour un jury, digne de foi, ne suffit pas à lui seul à infirmer la prétention suivant laquelle le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve dans son ensemble. C'est là l'erreur que la majorité de la Cour d'appel a commise dans sa façon d'aborder le sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613. Les membres d'une cour d'appel provinciale doivent peser la preuve lorsque leur propre jugement se porte sur la question de savoir si le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve et ils ont le droit, sur cette question, de remplacer l'opinion du jury par la leur.

Failure to testify, if it can have any significance at all on an appeal by an accused, can go only to the dismissal of the appeal on the ground that there was no substantial wrong or miscarriage of justice, a matter that is related not to s. 613(1)(*a*)(i) but to s. 613(1)(*a*)(ii) relating to a wrong decision on a question of law.

L'abstention de rendre témoignage, si elle peut avoir une importance quelconque lors d'un appel interjeté par un accusé, peut seulement tendre vers le rejet de l'appel pour le motif d'absence de tort important ou d'erreur judiciaire, un motif qui est relié non pas au sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613, mais au sous-al. (ii), relatif à une décision erronée sur une question de droit.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], dismissing an appeal from a conviction on a charge of non-capital murder. Appeal dismissed, Spence and Laskin JJ. dissenting.

*T. A. Dohm, Q.C.*, for the appellant.

*W. G. Burke-Robertson, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Abbott, Martland, Judson, Pigeon and Dickson JJ. was delivered by

PIGEON J.—Appellant was found guilty of non-capital murder after a trial before Aikins J. and a jury at Prince George, B.C., on November 9, 1971. The essential witness for the Crown was the wife of the murdered man, one MacDonald. She was herself hit by three bullets fired at her by the murderer immediately after shooting her husband. She identified the accused at a line-up three days later, but there were some discrepancies between her statement of the facts and some relevant physical facts observed by other witnesses shortly after the crime.

In the Court of Appeal, there was unanimity as to the fairness of the address to the jury and the only question on which a difference of opinion arose was the application of subparagraph (*a*)(i) of s. 613.1 of the *Criminal Code*. This subparagraph provides that the Court of Appeal

> (*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that
>
> (i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence.

The conclusion of the formal judgment of the Court of Appeal was:

THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that the Motion for Leave to Appeal conviction aforesaid be and the same is hereby granted, the appeal from conviction aforesaid be and the same is hereby dismissed, the Honourable Mr. Justice Robertson who would have allowed the appeal dissenting

[1] [1973] 4 W.W.R. 234, 11 C.C.C. (2d) 137.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], rejetant un appel interjeté à l'encontre d'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation de meurtre non qualifié. Le pourvoi est rejeté, les Juges Spence et Laskin étant dissidents.

*T. A. Dohm, c.r.*, pour l'appelant.

*W. G. Burke-Robertson, c.r.*, pour l'intimée.

Le jugement des Juges Abbott, Martland, Judson, Pigeon et Dickson a été rendu par

LE JUGE PIGEON—L'appelant a été trouvé coupable de meurtre non qualifié après un procès devant le Juge Aikins et un jury, à Prince-George, (Colombie-Britannique), le 9 novembre 1971. Le témoin principal de la poursuite était la femme de la victime, un nommé MacDonald. Elle a été elle-même atteinte de trois balles tirées sur elle par le meurtrier immédiatement après avoir abattu son mari. Elle a identifié l'accusé dans une parade d'identification trois jours plus tard, mais il y a quelques divergences entre sa déposition et certains faits matériels pertinents que d'autres témoins ont constatés peu après le crime.

La Cour d'appel a été unanime à juger équitable l'exposé fait au jury et la seule question sur laquelle il y a eu divergence d'opinions a été l'application du sous-al. (i) de l'al. *a*) de l'art. 613.1 du *Code criminel*. Cet alinéa porte que la Cour d'appel

> *a*) peut admettre l'appel, si elle est d'avis
>
> (i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

La conclusion du jugement de la Cour d'appel est la suivante:

[TRADUCTION] CETTE COUR DÉCIDE ET ORDONNE: la requête en vue d'obtenir l'autorisation d'appeler de la déclaration de culpabilité susdite est par ces présentes accordée, l'appel de la déclaration de culpabilité susdite est par ces présentes rejeté; l'honorable Juge Robertson, qui aurait accueilli l'ap-

[1] [1973] 4 W.W.R. 234, 11 C.C.C. (2d) 137.

with respect to the function of the Court under subparagraph 613 (1)(*a*)(i) of the Criminal Code.

The appeal to this Court was taken under s. 618.1(*a*) whereby a person convicted may appeal "on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents".

In my view, the reasons for judgment delivered by Branca and Taggart JJ.A. for the majority, and by Robertson J.A. dissenting, clearly show that the dissent is not on a question of law but solely on the application of the law. This is why it was found impossible to specify the grounds of law for the dissent, as required by s. 606.

Counsel for the accused, in his thorough argument, was equally unable to formulate any question of law arising out of the dissent. Here is how he stated the issue in the memorandum summarizing his submissions:

The error in law alleged is that the majority of the Court of Appeal were wrong in their approach to their function under Section 613.

It is submitted that the majority did not reach their own conclusions on the weight of the evidence as they must do in an appeal under Section 613 (1)(*a*)(i).

The Appellant urges that he is by law entitled to have the Provincial Appellate Court arrive at its own opinion judicially under this Section after a review of all the evidence in the case.

It is not sufficient for the Judges of the Provincial Appeal Court to consider only whether there is any evidence to support the conviction.

Of course, if the judges of the majority had held that their function was only to decide whether there was evidence, this would be reversible error. The Code expressly provides that the appeal may be allowed, not only when the verdict cannot be supported by the evidence but also when it is unreasonable. In other words, the Court of Appeal must satisfy itself not only that there was evidence requiring the case to be submitted to the jury, but also that

pel, est dissident en ce qui concerne le rôle de la Cour prévu au sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613 du Code criminel.

Le pourvoi devant cette Cour a été interjeté en verdu de l'al. *a*) de l'art. 618.1 aux termes duquel une personne déclarée coupable peut interjeter appel «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident».

A mon avis, les motifs de jugement exposés par les Juges d'appel Branca et Taggart au nom de la majorité, et par le Juge d'appel Robertson, dissident, montrent clairement que la dissidence ne porte pas sur une question de droit mais seulement sur l'application de la loi. C'est la raison pour laquelle on a trouvé impossible de préciser, ainsi que l'exige l'art. 606, les motifs de droit sur lesquels repose la dissidence.

L'avocat de l'accusé, dans sa plaidoirie complète et minutieuse, n'a pu également formuler une question de droit découlant de la dissidence. Voici comment il a exposé le point dans le mémoire résumant ses prétentions:

[TRADUCTION] L'erreur de droit alléguée est que la majorité de la Cour d'appel a mal envisagé son rôle prévu à l'art. 613.

Nous prétendons que la majorité n'a pas tiré ses propres conclusions d'après le poids de la preuve comme elle doit le faire dans un appel interjeté en vertu de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i).

L'appelant prétend que sous le régime de cet article, il peut, en droit, exiger que la Cour d'appel provinciale arrive judiciairement à sa propre opinion, après examen de toute la preuve.

Il ne suffit pas que les juges de la cour d'appel provinciale considèrent seulement si la déclaration de culpabilité s'appuie sur une preuve quelconque.

Naturellement, si les juges de la majorité avaient jugé que leur rôle était seulement de déterminer s'il y avait preuve à l'appui du verdict, il y aurait là erreur donnant lieu à cassation. Le code prévoit expressément que l'appel peut être admis, non seulement lorsque le verdict est rendu sans aucune preuve mais également lorsqu'il est déraisonnable. En d'autres termes, la Cour d'appel doit s'assurer non seulement qu'il existe une preuve exigeant que l'af-

the weight of such evidence is not so weak that a verdict of guilty is unreasonable. This cannot be taken to mean that the Court of Appeal is to substitute its opinion for that of the jury. The word of the enactment is "unreasonable", not "unjustified". The jurors are the triers of the facts and their finding is not to be set aside because the judges in appeal do not think they would have made the same finding if sitting as jurors. This is only to be done if they come to the conclusion that the verdict is such that no twelve reasonable men could possibly have reached it acting judicially.

I cannot read the reasons of the majority judges as implying that they did not apply the proper test and solely considered whether there was evidence. The two grounds of appeal dealing with this point were stated as follows in the notice of appeal:

3. The verdict of the jury should be set aside on the ground that it is unreasonable and perverse and such that no twelve men, properly directed, should reasonably have found.
4. The verdict of the jury should be set aside on the ground that it cannot be supported by the evidence.

On these, Branca J.A. said:

This Court cannot retry this case or substitute itself for the jury and find facts. That was the particular task of the jury. The function of this Court is purely to review the evidence and the directions of the learned trial Judge to the jury and to see whether or not the evidence reasonably supported the finding of the jury and to satisfy itself that the charge of the learned trial Judge was free of misdirection or non-direction and fairly related the evidence to the issues to be solved by the jury.

Can it be said that the verdict of the jury in this case is perverse, that is, that the verdict is so patently unreasonable and unjust as to satisfy this Court that

faire soit soumise au jury, mais également que le poids de cette preuve n'est pas si faible qu'un verdict de culpabilité soit déraisonnable. Cela ne veut pas dire que la Cour d'appel doit substituer son opinion à celle du jury. Le texte de loi dit bien «déraisonnable», et non pas «injustifié». Ce sont les membres du jury qui jugent les faits et leur conclusion ne doit pas être écartée simplement parce que les juges de la cour d'appel ne pensent pas qu'ils auraient eux-mêmes abouti à la même conclusion s'ils avaient siégé comme membres du jury. La conclusion du jury ne peut être rejetée que si la Cour d'appel arrive à la conclusion que le verdict est tel qu'aucun jury composé de douze hommes raisonnables jugeant de façon judiciaire n'aurait pu aboutir au verdict rendu.

Je ne peux interpréter les motifs des juges de la majorité comme impliquant qu'ils n'ont pas appliqué le critère approprié et ont recherché seulement s'il y avait une preuve à l'appui du verdict. Les deux griefs d'appel sur ce point ont été exposés comme suit dans l'avis d'appel: [TRADUCTION]

3. Le verdict du jury doit être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable et inique et qu'aucun jury de douze hommes ne l'aurait rendu après avoir reçu les directives appropriées.
4. Le verdict du jury doit être rejeté pour le motif qu'il ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

Au sujet de ces griefs, le Juge d'appel Branca a déclaré:

[TRADUCTION] Cette Cour ne peut pas juger à nouveau cette affaire ou se substituer au jury et tirer des conclusions de fait. Cette tâche incombait au jury. Le rôle de cette Cour est simplement d'examiner la preuve et les directives du savant juge de première instance au jury et de voir si, oui ou non, la conclusion du jury pouvait raisonnablement s'appuyer sur la preuve, et de s'assurer qu'il n'y a dans l'exposé du savant juge de première instance aucune directive erronée ou absence de directive et que l'exposé rattache suffisamment la preuve aux questions que le jury devait trancher.

Peut-on dire que le verdict du jury dans la présente affaire est inique, c'est-à-dire que le verdict est si manifestement déraisonnable et injuste que cette

no reasonable jury of twelve men, considering the evidence as a whole and acting judicially in accordance with judicial instructions, would reach the verdict in question? It is only on this basis that a verdict given by a jury may be considered as perverse. However, a verdict cannot be said to be perverse where there is evidence to support the conclusion arrived at by the jury particularly where the instructions from the learned trial Judge are as full and as fair and as lucid as they were in the instant case.

In my view, there is nothing from which it might be deduced that the learned judge only considered whether there was evidence. If there had been no evidence, it would have been the duty of the trial judge to withhold the case from the jury. This is not what was considered. The point dealt with assumed that the case was properly before the jury. It was asked in effect whether they could reasonably answer "Guilty" and, in my opinion, that was the proper test before the Court of Appeal.

At the end of his reasons, Branca J.A. added:

. . . . . The accused did not testify. He was under no duty to do so and was entitled to rely upon the presumption of innocence and the fact that the Crown had to prove his guilt beyond a reasonable doubt. *The fact that he did not testify* did not relieve the Crown of the duty of proving his guilt beyond a reasonable doubt, but where as here there was evidence of a direct nature which inculpated him and which the jury accepted as truthful *then this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal.*

Assuming that the correctness of that statement is a question of law that may be considered on this appeal, I can find no reason for disagreeing with it. Section 4.5 of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", it does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail,

Cour devrait être convaincue qu'aucun jury de douze hommes raisonnables considérant l'ensemble de la preuve et jugeant de façon judiciaire ne le rendrait? C'est seulement sur cette base qu'un verdict rendu par un jury peut être considéré comme inique. Mais on ne peut dire d'un verdict qu'il est inique, lorsqu'il y a une preuve sur laquelle peut s'appuyer la conclusion du jury, spécialement lorsque les directives du savant juge de première instance sont aussi complètes, aussi équitables et aussi lucides qu'elles l'ont été dans la présente affaire.

A mon avis, rien ne permet de déduire que le savant juge a considéré seulement la question de savoir s'il y avait une preuve à l'appui du verdict. S'il n'y avait eu aucune preuve, le devoir du savant juge de première instance aurait été de ne pas soumettre au jury l'examen de l'affaire. Ce n'est pas la question qui a été examinée. Le point traité reposait sur la prémisse que l'affaire avait été à bon droit soumise au jury. Ce qu'on s'est demandé, en fait, c'est si le jury pouvait raisonnablement répondre «coupable», et, à mon avis, c'était le critère voulu en Cour d'appel.

A la fin de ses motifs, le Juge d'appel Branca a ajouté:

[TRADUCTION] . . . . . L'accusé n'a pas témoigné. Il n'était absolument pas tenu de le faire et il avait le droit de s'appuyer sur la présomption d'innocence et le fait que la poursuite devait prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable. *Le fait qu'il n'ait pas témoigné* n'a pas déchargé la poursuite du devoir de prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, mais quand, comme dans le cas présent, une preuve directe inculpe l'accusé, preuve que le jury a acceptée comme vraie, *alors cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l'appel.*

En présumant que l'exactitude de cet énoncé soit une question de droit qui peut être considérée dans le présent pourvoi, je ne trouve aucune raison de le contester. L'article 4.5 de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'une personne accusée «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», il n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury man-

in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify, specially in a case like this. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

The other opinion for the majority was given by Taggart J.A. With respect to the reasonableness of the verdict, he said:

> Undoubtedly there was evidence tending to weaken Mrs. MacDonald's evidence of identification but in the final analysis it was for the jury, after directions from the presiding Judge which I can only describe as being scrupulously fair to the appellant, to decide whether to accept or reject the evidence of identification. In these circumstances I cannot say that the jury were perverse in accepting evidence of identification nor is this a case where this Court should apply the provisions of Code s. 613(1)(*a*)(i).

From this it is abundantly clear that the learned judge did not confuse the function of the Court in considering the reasonableness of a verdict with its function in deciding whether there was any evidence at all. Therefore, neither he nor Branca J.A. differed in law from the view expressed by the dissenting judge, Robertson J.A., who said:

> It being the duty of the court to reach a conclusion whether the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, the court must consider the weight of the evidence. Here undoubtedly the court can properly be influenced by the weight that the jury must have given to it (particularly where there is conflict between the evidence of different witnesses *but this does not relieve the court of the duty to reach its own conclusion.* For the court to say, "Yes, it is our conclusion that the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, *but the jury is the finder of facts and obviously thought that the verdict was reasonable and could be so supported, and so we shall not interfere*" is, in my opinion, to exercise the Court's function in something less than a judicial fashion. In the final analysis, it is an abdica-

quera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner, spécialement dans un cas comme celui-ci. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

L'autre avis exprimé au nom de la majorité a été donné par le Juge d'appel Taggart. Au sujet du caractère raisonnable du verdict, il a déclaré:

> [TRADUCTION] Incontestablement, il y avait des éléments de preuve tendant à affaiblir la preuve d'identification faite par M^me^ MacDonald, mais, en dernière analyse, il appartenait au jury de décider s'il devait accepter ou rejeter la preuve d'identification, après avoir entendu les directives données par le président du tribunal, directives que je décrirai simplement comme scrupuleusement équitables pour l'appelant. En l'espèce, je ne peux pas affirmer que le jury s'est montré inique en acceptant la preuve d'identification et il ne s'agit pas non plus d'une affaire dans laquelle cette Cour devrait appliquer les dispositions de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i), du Code.

Il ressort donc très clairement de ce qui précède que le savant juge n'a pas confondu le rôle que la Cour doit assumer lorsqu'il s'agit de considérer le caractère raisonnable d'un verdict, avec celui qui lui appartient lorsqu'il s'agit de déterminer s'il n'y a pas de preuve du tout. Par conséquent, ni lui et ni le Juge d'appel Branca n'ont été, sur le droit, en désaccord avec le point de vue exprimé par le juge dissident, le Juge d'appel Robertson, qui a déclaré:

> [TRADUCTION] Étant donné que la Cour a le devoir de décider si le verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, elle doit considérer le poids de la preuve. En l'espèce, il est incontestable que la cour peut être à bon droit influencée par le poids que le jury a dû lui donner (en particulier lorsqu'il y a conflit entre les témoignages de témoins différents), *mais cela ne décharge pas la cour de l'obligation d'arriver à sa propre conclusion.* Le fait pour la cour de dire, «Oui, c'est notre conclusion que le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, *mais le jury est le juge des faits et il est évident qu'il a pensé que le verdict est raisonnable et peut s'appuyer sur la preuve, et donc nous n'interviendrons pas*», équivaut, à mon avis, à remplir le rôle de la Cour d'une manière qu'on ne peut qualifier de judiciaire.

tion by the Court in favour of the jury, an abnegation by the Court of its judicial duty. By such an attitude the Court is declining to give effect to conclusion and opinion that the appellant was entitled to have it arrive at.

I do not read the above as meaning that the duty of the Court of Appeal is to reach its opinion on the basis of what its members think they would have decided if sitting as the jury so that, if they are not convinced that they would have rendered the same verdict, they are to find it unreasonable. If that is what the learned judge meant, then I must disagree with him because that is not the proper test. As previously noted, the question is whether the verdict is unreasonable, not whether it is unjustified. The function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered.

I do not find it necessary to review the authorities cited by Robertson J.A. because none of them appears to me to differ from what I have stated to be the proper view of the law and it does not appear to me that the learned judge intended to depart. In my view, his dissent was solely based on a different view of the facts, which he expressed in the closing paragraph of his reasons in the following words:

> Summing up my view, the testimony put forward in support of the Crown's case was too unsafe, its nature was too dubious, to rest a conviction on it, and the verdict was, therefore, unreasonable and not supported by the evidence.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Spence and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J. (*dissenting*)—There are two issues in this appeal by the accused from the affirmation by the British Columbia Court of Appeal (Branca and Taggart JJ.A., Robertson J.A. dissenting) of his conviction of non-capital murder.

En dernière analyse, la Cour se trouve à abdiquer en faveur du jury, à renoncer à l'accomplissement de son devoir judiciaire. Par une telle attitude, la Cour refuse de donner effet à la conclusion et à l'avis auxquels l'appelant a le droit de s'attendre qu'elle arrive.

Je ne pense pas que ce que je viens de citer signifie que le rôle de la Cour d'appel soit de statuer selon ce que ses membres pensent qu'ils auraient décidé s'ils avaient siégé en tant que jury, de telle sorte que, s'ils ne sont pas convaincus qu'ils auraient rendu le même verdict, ils doivent le trouver déraisonnable. Si c'est ce qu'a voulu dire le savant juge, alors je dois être en désaccord avec lui car ce n'est pas le critère voulu. Comme on l'a déjà signalé, la question est de savoir si le verdict est déraisonnable, non s'il est injustifié. Le rôle de la Cour n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

Je n'estime pas qu'il soit nécessaire de passer en revue les précédents cités par le Juge d'appel Robertson étant donné qu'aucun de ceux-ci ne me semble aller à l'encontre de ce que j'ai dit être le principe juridique applicable, et il ne semble pas que le savant juge ait voulu s'en écarter. A mon avis, sa dissidence est fondée seulement sur une manière différente de voir les faits, ce qu'il a exprimé dans l'alinéa final de ses motifs dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] En résumé, mon point de vue est que le témoignage présenté à l'appui des allégations de la poursuite est trop peu sûr, il est de par sa nature trop douteux, pour qu'une déclaration de culpabilité puisse en dépendre, et le verdict est, par conséquent, déraisonnable et ne s'appuie pas sur la preuve.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Le jugement des Juges Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN (*dissident*)—Il y a deux questions en litige dans le pourvoi interjeté par l'accusé à l'encontre de la confirmation par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les Juges Branca et Taggart, le Juge Robertson

The first issue is a jurisdictional one, involving the authority of this Court to entertain the appeal under s. 618(1)(*a*) of the *Criminal Code*. The second issue, which arises only if there is jurisdiction, is whether this Court should properly dispose of the appeal on the merits of the substantive contentions or whether, if there be error in law in the position taken and the disposition made by the majority of the British Columbia Court of Appeal, the case should be remitted to that Court or there should be a new trial. Counsel for the accused and for the Crown in this Court were at one in stating that if there was such error in the provincial appellate Court as to give this Court authority to intervene, the case should go back to the provincial appellate Court to be dealt with on a proper application of s. 613(1)(*a*) (i) of the *Criminal Code*. It is in respect of this provision that the question of jurisdiction of this Court to entertain the appeal under s. 618(1)(*a*) arises.

Section 618(1)(*a*) reads as follows:

> A person who is convicted of an indictable offence other than an offence punishable by death and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada
>
> (*a*) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, . . .

Whether there has been a dissent by Robertson J.A. on a question of law may be gleaned both from the formal judgment of the British Columbia Court of Appeal and from the reasons for judgment of the three members of that Court who sat on the accused's appeal from his conviction.

The formal judgment, so far as relevant, is in these words:

> This Court Doth Order and Adjudge that . . . the appeal from conviction aforesaid be and the same is hereby dismissed, the Honourable Mr. Justice Robertson who would have allowed the appeal dissenting

ayant été dissident) de la déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié prononcée contre lui. La première question est une question de compétence mettant en cause l'autorité de cette Cour à connaître de l'appel en vertu de l'art. 618, par. (1), al. *a*), du *Code criminel*. La seconde question, qui ne se pose que s'il y a compétence, consiste à savoir si cette Cour doit trancher le pourvoi d'après le bien-fondé des prétentions de fond ou si, advenant une erreur de droit dans le point de vue et la décision de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, cette Cour doit renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel ou décider la tenue d'un nouveau procès. En cette Cour, l'avocat de l'accusé et celui de la Couronne ont été d'accord pour dire que s'il y a eu dans la Cour d'appel provinciale une erreur de nature à donner à cette Cour l'autorité d'intervenir, l'affaire doit être renvoyée devant la Cour d'appel provinciale pour décision conforme à une juste application de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i), du *Code criminel*. C'est relativement à cette disposition que se pose la question de la compétence de cette Cour à connaître de l'appel en vertu de l'art. 618, par. (1), al. *a*).

L'art. 618, par. (1), al. *a*) est libellé comme suit:

> Une personne déclarée coupable d'un acte criminel autre qu'une infraction punissable de mort et dont la condamnation est confirmée par la Cour d'appel, peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada
>
> *a*) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, . . .

Pour savoir s'il y a dissidence du Juge d'appel Robertson sur une question de droit, on peut se reporter tant au jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qu'aux motifs de jugement des trois membres de cette Cour-là qui ont entendu l'appel de l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui.

Le jugement, dans la mesure où il est pertinent, est rédigé en ces termes:

> [TRADUCTION] Cette Cour décide et ordonne: . . . l'appel de la déclaration de culpabilité susdite est par ces présentes rejeté; l'honorable Juge Robertson, qui aurait accueilli l'appel, est dissident en ce qui con-

with respect to the function of the Court under subparagraph 613(1)(*a*)(i) of the Criminal Code.

Section 613(1)(*a*)(i) is as follows:

> On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal
>
> (*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that
>
> (i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

What is said by counsel for the appellant to be the question of law upon which Robertson J.A. dissented is the misinterpretation of s. 613(1)(*a*)(i) in the exercise by the majority of the British Columbia Court of Appeal of its function thereunder. In considering this issue, it is necessary to avoid blurring it by reliance on the unobjectionable (and in this case, indeed, exemplary) charge of the trial judge to the jury. Whether the trial judge has properly discharged his function is one thing, and is not disputable here; whether the Court of Appeal has done so is quite a different thing.

There is a similar need, on the question under consideration, of distinguishing the function of the jury and the function of the Court of Appeal in examining the jury's verdict under the prescriptions of s. 613(1)(*a*)(i). If there is no evidence upon which a properly-instructed jury could convict, that would raise a question of law under s. 613(1)(*a*)(ii); and, moreover, if at the close of the Crown's case the trial judge concludes that there is no case to go to the jury he would direct that a verdict of acquittal be entered. However, if the case goes to the jury, either after election by the accused not to offer evidence (as in this case) or after evidence is also given by the defence, the fact that the jury convicts on the evidence is not, *ipso facto*, determinative of the inapplicability of s.

cerne le rôle de la Cour prévu au sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613 du Code criminel.

L'article 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i), est libellé comme suit:

> Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel
>
> *a*) peut admettre l'appel, si elle est d'avis
>
> (i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

Ce que l'avocat de l'appelant dit être la question de droit sur laquelle le Juge d'appel Robertson a été dissident, c'est l'interprétation erronée de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i), donnée par la majorité des membres de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique lorsqu'elle a rempli le rôle qui lui revient en vertu de cette disposition. Dans l'examen de cette question, il faut éviter de l'embrouiller en invoquant les directives inattaquables (et en l'espèce, exemplaires) que le juge de première instance a données au jury. C'est une chose que de se demander si le juge de première instance a bien rempli son rôle, ce qu'on ne peut contester ici; c'est toute autre chose de se demander si la Cour d'appel a fait de même.

La question sous examen exige de même que l'on fasse une distinction entre le rôle du jury et le rôle qui incombe à la Cour d'appel dans son examen du verdict du jury sous le régime des prescriptions de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i). S'il n'y a pas de preuve sur laquelle un jury qui a reçu les directives appropriées pourrait fonder son verdict, cela soulève une question de droit sous le régime de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (ii); et, en outre, si à l'issue de la preuve de la Couronne le juge de première instance conclut qu'il n'y a pas d'affaire à soumettre au jury, il ordonne qu'un verdict d'acquittement soit rendu. Cependant, si l'affaire est soumise au jury, soit après que l'accusé a choisi de ne pas présenter de preuve (comme dans la présente affaire) soit après que

613(1)(*a*)(i). The difference between the question whether there is *any* evidence upon which a jury may convict and the question whether "the verdict is unreasonable or cannot be supported by *the* evidence" (and I emphasize the words "any" and "the") is not only the difference between s. 613(1)(*a*)(ii) and s. 613(1)(*a*)(i) but is the central matter that must engage the provincial appellate Court when its jurisdiction is invoked on an appeal from conviction on the grounds stated in s. 613(1)(*a*)(i). Otherwise, the invocation of the provincial appellate Court's power under s. 613(1)(*a*)(i) becomes an exercise in futility and obliges an appellant to limit himself or herself to resort to s. 613(1)(*a*)(ii) on a question of law.

The distinction that I have noted in the powers vested in the provincial appellate Court under s. 613(1)(*a*)(i) and (ii) has been part of the *Criminal Code* since the introduction of those provisions, in substantially the same wording, by 1923 (Can.), c. 41, s. 9. The fact that it would generally be a narrow jurisdiction that a provincial appellate Court would exercise under s. 613(1)(*a*)(i) does not permit it to abdicate judgment, however tempting or comforting it would be to rest on a jury's verdict *simpliciter*. Certainly, it could become a nice question of judgment whether the evidence, although sufficient to permit the case to go to a jury, is yet not enough to support the verdict, or whether, on the evidence as a whole the verdict is unreasonable.

The dissent of Robertson J.A. is on this very point, namely, that his brethren of the majority rested their dismissal of the accused's appeal on the ground that there was evidence upon which

la défense a également fait une preuve, le fait que le jury conclut à la culpabilité d'après la preuve n'est pas *ipso facto* déterminant quant à l'inapplicabilité de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i). La différence entre la question de savoir s'il y a *une* preuve sur laquelle le jury pouvait rendre son verdict et la question de savoir si «le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur *la* preuve» (et j'appuie sur les mots «une» et «la») n'est pas seulement la différence entre les alinéas (ii) et (i) de l'art. 613, par. (1), al. *a*), mais constitue la question centrale qui doit engager la Cour d'appel provinciale lorsque sa compétence est invoquée sur un appel d'une déclaration de culpabilité fondé sur les motifs énoncés à l'art. 613, par. (1), al. *a*) sous-al. (i). Autrement, invoquer le pouvoir que la Cour d'appel provinciale possède en vertu de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i), devient futile et oblige un appelant ou une appelante à limiter son recours à l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (ii), qui prévoit un appel sur une question de droit.

La distinction que j'ai notée dans les pouvoirs attribués à la Cour d'appel provinciale par les sous-al. (i) et (ii) de l'art. 613, par. (1), al. *a*), fait partie du *Code criminel* depuis l'introduction de ces dispositions, libellées sensiblement dans les mêmes termes, par l'art. 9 du c. 41 des statuts de 1923 (Canada). Le fait que, d'une manière générale, la Cour d'appel provinciale n'exercerait qu'une compétence étroite en vertu de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i), ne permet pas à celle-ci de renoncer à rendre un jugement, si tentant ou réconfortant que cela puisse être de s'en remettre à un simple verdict du jury. A coup sûr, deviendrait une question de jugement intéressante la question de savoir si la preuve, bien que suffisante pour permettre de soumettre l'affaire au jury, ne l'est cependant pas assez pour appuyer le verdict, ou la question de savoir si, d'après la preuve dans son ensemble, le verdict est déraisonnable.

La dissidence du Juge d'appel Robertson porte essentiellement sur ce point, à savoir, que ses collègues de la majorité ont basé le rejet de l'appel interjeté par l'accusé sur le motif qu'il y

the jury could convict. I read their reasons to say exactly that, whether they meant it or not.

The matter before this Court does not arise in a trivial case, although I hasten to say that it should make no difference whether an accused is here, on the point under discussion, in a matter as grave as non-capital murder or in one infinitely lighter. It arises, moreover, not upon a verdict based upon a conflict of oral testimony as to whether what the accused did amounted to non-capital murder but, rather, upon the identification of the accused by the wife of the victim, uncorroborated in any particular save by her reiteration, and with her evidence of the occurrence completely shaken by the evidence of various physical facts which simply do not square with her narrative. The trial judge said in the course of his charge that "the Crown's case is difficult and seems to me a bit puzzling". There was no motive for the accused to kill the victim; and the trial judge rightly added in this connection that "where there is no motive proved the effect is to make it that much less likely that the man is the man who killed".

Of course, to convict, the jury must have accepted the identification evidence; it must have treated the wife of the victim as a credible witness in that respect. But the credibility of a witness to a jury cannot alone invalidate the contention that their verdict is unreasonable or cannot be supported on the evidence as a whole. It is my view that this is the mistake that the majority of the Court of Appeal made in their approach to s. 613(1)(*a*)(i).

avait preuve sur laquelle le jury pouvait se fonder pour rendre un verdict de culpabilité. Suivant mon interprétation, c'est exactement ce que disent leurs motifs, que ce soit ce qu'ils aient voulu dire ou non.

La question dont cette Cour est saisie ne se présente pas dans une affaire insignifiante, bien que je m'empresse d'ajouter que le fait que l'accusé soit devant nous, sur la question en litige, dans une affaire aussi grave qu'une affaire de meurtre non qualifié, ou qu'il le soit dans une affaire infiniment moins grave, ne devrait faire aucune différence. La question dont nous sommes saisis découle, en outre, non pas d'un verdict fondé sur un conflit de témoignages quant à la question de savoir si l'action commise par l'accusé équivaut à un meurtre non qualifié, mais, plutôt, de l'identification de l'accusé par la femme de la victime, identification qui n'est corroborée sur aucun de ses éléments si ce n'est pas la version réitérée de la femme, pendant que le témoignage de celle-ci sur l'événement est complètement ébranlé par la preuve de divers faits matériels qui ne cadrent tout simplement pas avec son récit. Le juge de première instance a dit au cours de son exposé au jury que [*traduction*] «la preuve de la Couronne est difficile et me rend un peu perplexe». L'accusé n'avait aucun motif de tuer la victime; et le juge de première instance a à bon droit ajouté à ce propos que «lorsqu'on ne peut établir aucun motif, cela a pour effet de rendre moins vraisemblable d'autant que l'accusé est celui qui a tué».

Naturellement, pour rendre un verdict de culpabilité le jury a dû accepter la preuve d'identification; il a dû considérer la femme de la victime comme un témoin digne de foi à cet égard. Mais le fait qu'un témoin soit, pour un jury, digne de foi, ne suffit pas à lui seul à infirmer la prétention suivant laquelle le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve dans son ensemble. C'est là, à mon avis, l'erreur que la majorité de la Cour d'appel a commise dans sa façon d'aborder l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i).

The reasons of both Branca J.A. and of Taggart J.A. explicitly recognize the incompatibility of the physical evidence, as, for example, where in the room the victim was found after the fatal shooting and where blood was found, with the testimony of the victim's wife as to what happened after she admitted the person, said by her to be the accused, to the motel unit occupied by her and her husband. Branca J.A. dealt with s. 613(1)(*a*)(i) as follows:

Can it be said that the verdict of the jury in this case is perverse, that is, that the verdict is so patently unreasonable and unjust as to satisfy this Court that no reasonable jury of twelve men, considering the evidence as a whole and acting judicially in accordance with judicial instructions, would reach the verdict in question? It is only on this basis that a verdict given by a jury may be considered as perverse. However, a verdict cannot be said to be perverse where there is evidence to support the conclusion arrived at by the jury particularly where the instructions from the learned trial Judge are as full and as fair and as lucid as they were in the instant case.

This, in my view, is patent error which is underlined in the following portion of the dissenting reasons of Robertson J.A.:

It being the duty of the court to reach a conclusion whether the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, the court must consider the weight of the evidence. Here undoubtedly the court can properly be influenced by the weight that the jury must have given to it (particularly where there is conflict between the evidence of different witnesses), but this does not relieve the court of the duty to reach its own conclusion. For the court to say, "Yes, it is our conclusion that the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, but the jury is the finder of facts and obviously thought that the verdict was reasonable and could be so supported, and so we shall not interfere" is, in my opinion, to exercise the Court's function in something less than a judicial fashion. In the final analysis, it is an abdication by the Court in favour of the jury, an abnegation by the Court of its judicial duty. By such an attitude the Court is declining to give effect to

Les motifs des Juges d'appel Branca et Taggart reconnaissent de manière explicite l'incompatibilité qui existe entre la preuve matérielle, par exemple, la preuve qui a trait à l'endroit où la victime a été découverte dans la pièce après le coup de feu fatal et la preuve qui a trait à l'endroit où du sang a été trouvé, et le témoignage de la femme de la victime sur ce qui s'est passé après qu'elle eut fait entrer dans la chambre du motel qu'elle occupait avec son mari la personne qu'elle a affirmé être l'accusé. Le Juge d'appel Branca a traité comme suit du sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613:

[TRADUCTION] Peut-on dire que le verdict du jury dans la présente affaire est inique, c'est-à-dire, que le verdict est si manifestement déraisonnable et injuste que cette Cour devrait être convaincue qu'aucun jury de douze hommes raisonnables considérant l'ensemble de la preuve et jugeant de façon judiciaire ne le rendrait? C'est seulement sur cette base qu'un verdict rendu par un jury peut être considéré comme inique. Mais on ne peut dire d'un verdict qu'il est inique, lorsqu'il y a une preuve sur laquelle peut s'appuyer la conclusion du jury, spécialement lorsque les directives du savant juge de première instance sont aussi complètes, aussi équitables et aussi lucides qu'elles l'ont été dans la présente affaire.

Cela, à mon avis, est manifestement erroné, ce que souligne la partie suivante des motifs dissidents du Juge d'appel Robertson:

[TRADUCTION] Étant donné que la Cour a le devoir de décider si le verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, elle doit considérer le poids de la preuve. En l'espèce, il est incontestable que la cour peut être à bon droit influencée par le poids que le jury a dû lui donner (en particulier lorsqu'il y a conflit entre les témoignages de témoins différents), mais cela ne décharge pas la cour de l'obligation d'arriver à sa propre conclusion. Le fait pour la cour de dire, «Oui, c'est notre conclusion que le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, mais le jury est le juge des faits et il est évident qu'il a pensé que le verdict est raisonnable et peut s'appuyer sur la preuve, et donc nous n'interviendrons pas», équivaut, à mon avis, à remplir le rôle de la Cour d'une manière qu'on ne peut qualifier de judiciaire. En dernière analyse, la Cour se trouve à abdiquer en faveur du jury, à renoncer à l'accomplissement de son devoir judiciaire. Par une telle attitude,

conclusion and opinion that the appellant was entitled to have it arrive at.

The error of Branca J.A. is compounded by the concluding sentence of his reasons when he said:

> The fact that he did not testify did not relieve the Crown of the duty of proving his guilt beyond a reasonable doubt, but where as here there was evidence of a direct nature which inculpated him and which the jury accepted as truthful, then this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal.

The reference to failure to testify, if it can have any significance at all on an appeal by an accused, can go only to the dismissal of the appeal on the ground that there was no substantial wrong or miscarriage of justice, a matter that is related not to s. 613(1)(*a*)(i) but to s. 613(1)(*a*)(ii) relating to a wrong decision on a question of law. Indeed, in his concluding sentence Branca J.A. reaffirms what I have said is a mistaken view of the function of an appellate Court under s. 613(1)(*a*)(i); to say, as he does, that the appeal fails because there is evidence inculpating the accused which was accepted by the jury is to disregard the duty fixed by s. 613(1)(*a*)(i).

Even if the reasons of Taggart J.A. did not disclose the error which is evident in those of Branca J.A., that would not affect the conclusion that the appeal is properly before this Court under s. 618(1)(*a*). In my opinion, however, they do disclose the same erroneous approach. This is what he said:

> Undoubtedly there was evidence tending to weaken Mrs. MacDonald's evidence of identification but in the final analysis it was for the jury, after directions from the presiding Judge which I can only describe as being scrupulously fair to the appellant, to decide whether to accept or reject the evidence of identifica-

la Cour refuse de donner effet à la conclusion et à l'avis auxquels l'appelant avait le droit de s'attendre qu'elle arrive.

L'erreur du Juge d'appel Branca est aggravée par la phrase qui conclut ses motifs:

> [TRADUCTION] Le fait qu'il n'ait pas témoigné n'a pas déchargé la poursuite du devoir de prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, mais quand, comme dans le cas présent, une preuve directe inculpe l'accusé, preuve que le jury a acceptée comme vraie, alors cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l'appel.

La mention que l'accusé n'a pas témoigné, si tant est qu'elle peut avoir une importance quelconque lors d'un appel interjeté par un accusé, peut seulement tendre vers le rejet de l'appel pour le motif d'absence de tort important ou d'erreur judiciaire, un motif qui est relié non pas au sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613, mais au sous-al. (ii), relatif à une décision erronée sur une question de droit. En fait, dans la phrase qui conclut ses motifs, le Juge d'appel Branca réaffirme ce que j'ai dit être une conception erronée du rôle d'une cour d'appel sous le régime de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i); affirmer, comme il le fait, que l'appel doit être rejeté parce qu'il y a une preuve inculpant l'accusé et que le jury a acceptée, est méconnaître le devoir établi par l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i).

Même si les motifs du Juge d'appel Taggart ne révélaient pas l'erreur qui est évidente dans ceux du Juge d'appel Branca, cela ne pourrait porter atteinte à la conclusion suivant laquelle cette Cour est, sous le régime de l'art. 618, par. (1), al. *a*), régulièrement saisis de l'appel. A mon avis, cependant, ils révèlent bien la même façon de voir erronée. Voici ce que le Juge Taggart a déclaré:

> [TRADUCTION] Incontestablement, il y avait des éléments de preuve tendant à affaiblir la preuve d'identification faite par M^me^ MacDonald, mais, en dernière analyse, il appartenait au jury de décider s'il devait accepter ou rejeter la preuve d'identification, après avoir entendu les directives données par le

tion. In these circumstances I cannot say that the jury were perverse in accepting evidence of identification nor is this a case where this Court should apply the provisions of Code s. 613(1)(*a*)(i).

This is simply a rejection of the contentions of the appellant under s. 613(1)(*a*)(i) on the ground that the jury was entitled to accept the identification evidence, and that acceptance accordingly excluded perverseness or any interference with their verdict on the ground that the verdict, on the whole of the evidence, was unreasonable. It is not an assessment by Taggart J.A. of the weight of the evidence, which is included in the duty laid upon the provincial appellate Court by s. 613(1)(*a*)(i). The members of that Court must surely weigh the evidence in bringing their own judgment to bear on the issue whether the jury's verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence. They are quite entitled to substitute their opinion for that of the jury on that issue.

I have already adverted to the fact that an appellate Court may be reluctant to upset a jury verdict on simply a scrutiny of a lifeless record. Such reluctance must not, however, be translated into a principle of non-reviewability, and this, in my opinion, is what has happened in the present case. I readily agree that it is oversimplification to make the test of interference whether the appellate Court would have given the same verdict. That cannot be known until there has been full reconsideration of the record of evidence upon which the verdict was based. Such reconsideration may very well dispose the appellate Court to say that, although we might not have arrived at the same verdict, we do not think it is unreasonable, nor do we think that it is unsupported by the whole of the evidence. On the other hand, the reconsideration might lead to the conclusion that the verdict should be upset on one or other of the stated grounds.

président du tribunal, directives que je décrirai simplement comme scrupuleusement équitables pour l'appelant. En l'espèce, je ne peux pas affirmer que le jury s'est montré inique en acceptant la preuve d'identification et il ne s'agit pas non plus d'une affaire dans laquelle cette Cour devrait appliquer les dispositions de l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i), du Code.

C'est là simplement rejeter les prétentions de l'appelant sous l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i) pour le motif que le jury avait le droit d'accepter la preuve d'identification, et que cette acceptation excluait en conséquence toute iniquité ou toute modification du verdict fondée sur le motif que celui-ci était, d'après l'ensemble de la preuve, déraisonnable. Ce n'est pas là une appréciation par le Juge d'appel Taggart du poids de la preuve, laquelle fait partie du devoir que l'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i) impose à la Cour d'appel provinciale. A coup sûr, les membres de cette Cour-là doivent peser la preuve lorsque leur propre jugement se porte sur la question de savoir si le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve. Ils ont parfaitement le droit, sur cette question, de remplacer l'opinion du jury par la leur.

J'ai déjà fait allusion au fait qu'une Cour d'appel peut répugner à renverser le verdict d'un jury sur simple examen du dossier, une chose inanimée. Une telle répugnance ne doit pas, cependant, se transformer en un principe de non-révisabilité; à mon avis, c'est ce qui s'est produit dans la présente affaire. J'admets volontiers que c'est trop simplifier les choses que d'assimiler le critère d'intervention à une question de savoir si la Cour d'appel aurait rendu le même verdict. C'est là une question qui ne peut trouver de réponse qu'après qu'il y a eu réexamen complet de la preuve sur laquelle le verdict s'est appuyé. Ce réexamen peut très bien amener la Cour d'appel à déclarer: bien que nous serions peut-être arrivés à un verdict différent, nous ne pensons pas que le verdict soit déraisonnable, et nous ne pensons pas non plus qu'il ne puisse s'appuyer sur l'ensemble de la preuve. Par contre, le réexamen peut amener la Cour d'appel à conclure que le verdict doit être renversé pour l'un ou l'autre des motifs énoncés.

The difficulty that s. 613(1)(*a*)(i) presents is in its invitation to verbal formulas which are rationalizations of conclusions reached otherwise. Section 613(1)(*a*)(i) is a source of power which a provincial appellate Court can use liberally or restrictively. The Supreme Court of Canada cannot monitor that use when the provincial appellate Court has shown that it is its independent assessment that governs, albeit there is understandable acknowledgment of the advantages possessed by the jury. That, however, is not this case.

La difficulté soulevée par le sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613 réside dans le fait qu'il invite à des formules verbales qui constituent des rationalisations de conclusions auxquelles on est parvenu autrement. L'art. 613, par. (1), al. *a*), sous-al. (i), est une source de pouvoir dans laquelle une Cour d'appel provinciale peut puiser à discrétion ou avec restriction. La Cour suprême du Canada ne peut contrôler l'emploi de ce pouvoir lorsque la Cour d'appel provinciale a démontré que c'est son appréciation indépendante qui lui sert de règle, malgré qu'on reconnaisse, et c'est compréhensible, les avantages que possède le jury. Cela, cependant, n'est pas le cas de la présente espèce.

The majority of the British Columbia Court of Appeal in the present case failed to be responsive to their function under s. 613(1)(*a*)(i) which was stated by that Court, differently constituted, in *R. v. Inglehart*[2], where Bull J.A., speaking for the Court, said this (at p. 215):

> It is not the function of the Court to retry an appellant or decide his innocence or guilt. That is for the jury. However, it is the duty of the Court to decide whether a verdict of the jury is reasonable, whether it can be supported, having regard to the evidence. It should set aside a verdict of a jury, even if there is some evidence upon which the latter could find guilt, if it is determined that the charge is not proved with a certainty necessary to support a verdict of guilty and on the facts a conviction would be unsafe and the verdict on the whole unsatisfactory.

La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a omis d'exercer comme il se devait, dans la présente affaire, le rôle que prévoit le sous-al. (i) de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 613 et que cette Cour-là, différemment composée, a décrit dans l'arrêt *R. v. Inglehart*[2], où le Juge d'appel Bull, parlant au nom de la Cour, a déclaré (à la p. 215):

> [TRADUCTION] Ce n'est pas le rôle de la Cour de juger à nouveau un appelant ou de décider de son innocence ou de sa culpabilité. Cela appartient au jury. Cependant, c'est le devoir de la Cour de déterminer si le verdict du jury est raisonnable, s'il peut trouver un appui, eu égard à la preuve. Elle doit rejeter le verdict du jury, même s'il y a preuve sur laquelle celui-ci pouvait conclure à la culpabilité, s'il est établi que l'accusation n'est pas prouvée avec la certitude nécessaire pour fonder un verdict de culpabilité et que, d'après les faits, une déclaration de culpabilité serait peu sûre et le verdict, dans l'ensemble, non satisfaisant.

Branca J.A. took this approach in the later case of *R. v. Mohinder Singh Dhillon*[3], as did Robertson J.A. who participated in that appeal. In the present case, Robertson J.A. followed it again but Branca J.A. did not. In following it, Robertson J.A. concluded upon an extensive review of the evidence, both testimonial and physical, that

Le Juge d'appel Branca a adopté ce point de vue dans l'arrêt subséquent *R. v. Mohinder Singh Dhillon*[3], tout comme le Juge d'appel Robertson, qui faisait partie du banc. Dans la présente affaire, le Juge d'appel Robertson a, une nouvelle fois, adopté ce point de vue mais non le Juge d'appel Branca. En ce faisant, le Juge

[2] [1968] 1 C.C.C. 211.
[3] [1973] 1 W.W.R. 510.

[2] [1968] 1 C.C.C. 211.
[3] [1973] 1 W.W.R. 510.

"the testimony put forward in support of the Crown's case was too unsafe, its nature was too dubious, to rest a conviction on it, and the verdict was, therefore, unreasonable and not supported by the evidence". In the result, he would have allowed the appeal, quashed the conviction and directed an acquittal.

In my opinion, the same result should have been reached by the majority, had they exercised their reviewing function under a proper appreciation of the duty demanded of them by s. 613(1)(*a*)(i). Their error in this respect was on a question of law upon which there was a dissent, and this Court thus has jurisdiction in this appeal. Having that jurisdiction, this Court is empowered by s. 623(1) of the *Criminal Code* to make the order which the provincial appellate Court might have made upon a proper appreciation of the law. In this respect, I can add nothing to what Robertson J.A. has said in his careful judgment, and I would, accordingly, allow the appeal, set aside the conviction and enter a verdict of acquittal. Although counsel for the accused and for the Crown were content to have the case remitted to the Court of Appeal for reconsideration under the view of s. 613(1)(*a*)(i) which that Court ought to have taken, I see no advantage in doing so in this case.

As a postscript to these reasons, I refer to the recent judgment of the House of Lords in *Stafford v. Director of Public Prosecutions*[4], in which I find support for my view of the independent function of an appellate Court under s. 613(1)(*a*)(i). The House of Lords was concerned with s. 2(1) of the *Criminal Appeal Act*, 1968 (U.K.), c. 19 which, *inter alia*, directs

[4] [1973] 3 All E.R. 762.

d'appel Robertson a conclu, se fondant sur un examen approfondi de la preuve, tant orale que matérielle, que [TRADUCTION] «le témoignage présenté à l'appui des allégations de la poursuite est trop peu sûr, il est de par sa nature trop douteux, pour qu'une déclaration de culpabilité puisse en dépendre, et le verdict est, par conséquent, déraisonnable et ne s'appuie pas sur la preuve». En conséquence, il était d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner l'acquittement.

A mon avis, la majorité aurait dû arriver à la même conclusion, si elle avait exercé son rôle de révision selon une juste évaluation du devoir qui était imposé par l'art. 613, par. (1), al. *a)*, sous-al. (i). Son erreur à cet égard a porté sur une question de droit au sujet de laquelle il y avait dissidence, et cette Cour a donc compétence pour connaître de l'appel. Forte de cette compétence, cette Cour peut, de par l'art. 613, par. (1), du *Code criminel*, rendre l'ordonnance que la cour d'appel provinciale aurait pu rendre selon une juste appréciation du droit. A cet égard, je n'ai rien à ajouter à ce que le Juge d'appel Robertson a déclaré dans son jugement soigneusement rédigé, et je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration de culpabilité et d'inscrire un verdict d'acquittement. Bien que l'avocat de l'accusé et celui de la Couronne aient été disposés à ce que l'affaire fût simplement renvoyée devant la Cour d'appel pour nouvel examen selon la conception de sous-al. (i) de l'al. *a)* du par. (1) de l'art. 613 que cette Cour-là aurait dû adopter, je ne vois aucun avantage à le faire dans le présent cas.

En guise de post-scriptum, je mentionne le récent jugement de la Chambre des Lords dans l'affaire *Stafford v. Director of Public Prosecutions*[4], dans lequel je trouve un appui à ma conception du rôle indépendant d'une cour d'appel sous le régime de l'art. 613, par. (1), al. *a)*, sous-al. (i). La Chambre des Lords avait à se prononcer sur l'art. 2, par. (1), du *Criminal*

[4] [1973] 3 All E.R. 762.

the Court of Appeal to allow an appeal from conviction "if they think that the verdict of the jury should be set aside on the ground that under all the circumstances of the case it is unsafe or unsatisfactory". This provision replaced s. 4(1) of the *Criminal Appeal Act*, 1907 (U.K.), c. 23, which was the source of our s. 613(1)(*a*). Although there is a reference in the reasons of Lord Kilbrandon (reasons were also delivered by Viscount Dilhorne, by Lord Diplock and by Lord Cross of Chelsea) to the view that the 1968 provision may have enlarged the authority of the Court of Appeal beyond that given by the 1907 Act, the reasons of all the Law Lords make it clear that the Court of Appeal in exercising its appellate function is to do so according to what "they think".

The *Stafford* case was one in which fresh evidence was adduced on appeal, and it was in the light of that evidence as well as of the record at trial that the Court of Appeal considered whether the conviction should be set aside as unsafe or unsatisfactory. It declined to do so, and the issue on further appeal was whether it ought to have asked itself whether the jury might have had a reasonable doubt even if the Court of Appeal itself did not. The House of Lords made it quite clear that it was for the Court of Appeal, or for the House of Lords on further appeal as in this case, to make their independent determination.

Lord Kilbrandon did say that, under the 1907 Act, emphasis was laid not so much on unreasonableness of the verdict but on whether it was unsupported by the evidence; and he stated that verdicts which were supported by evidence which in law the jury could accept were held to be unassailable. I do not, as these reasons show, take so narrow a view of the appellate Court's function; and Lord Kilbrandon noted that it would have been possible for the Courts, after

*Appeal Act*, 1968 (Royaume-Uni), c. 19, qui, entre autres choses, prescrit à la Cour d'appel d'accueillir un appel d'une déclaration de culpabilité (TRADUCTION) «si elle pense que le verdict du jury doit être écarté pour le motif que, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il est peu sûr ou non satisfaisant». Cette disposition remplace l'art. 4, par. (1), du *Criminal Appeal* Act, 1907 (Royaume-Uni), c. 23, qui est à l'origine de notre art. 613, par. (1), al. *a)*. Bien que l'on trouve mention dans les motifs de Lord Kilbrandon (des motifs ont été rédigés également par le vicomte Dilhorne, par Lord Diplock et par Lord Cross de Chelsea) du point de vue suivant lequel la disposition de 1968 peut avoir donné à la Cour d'appel une autorité plus grande que celle conférée par la loi de 1907, les motifs de tous les Lords juristes précisent que la Cour d'appel, dans l'exercice de son rôle de cour d'appel, doit juger selon ce qu'«elle pense».

Dans l'affaire *Stafford*, une preuve nouvelle avait été fournie en appel, et c'est en se fondant sur cette preuve ainsi que sur le dossier de première instance que la Cour d'appel avait examiné la question de savoir si la déclaration de culpabilité devait être infirmée comme peu sûre ou non satisfaisante. Elle avait refusé de ce faire, et la question en litige, dans le pourvoi subséquent, a été de savoir si elle aurait dû se demander si le jury aurait pu avoir un doute raisonnable même si la Cour d'appel n'en avait pas elle-même. La Chambre des Lords a bien précisé que c'était à la Cour d'appel, ou à la Chambre des Lords sur pourvoi subséquent comme c'est le cas ici, qu'il appartenait de trancher en toute indépendance.

Lord Kilbrandon a bien dit que, sous le régime de la loi de 1907, on insistait non pas tant sur le caractère déraisonnable d'un verdict mais sur la question de savoir si celui-ci avait été rendu sans preuve; et il a déclaré que les verdicts qui pouvaient s'appuyer sur une preuve que le jury était fondé en droit à accepter étaient jugés inattaquables. Je n'ai pas, ainsi que les présents motifs le démontrent, adopté une conception aussi étroite du rôle de la cour d'ap-

1907, to have said that if a verdict was unsafe or unsatisfactory it was not reasonable. That is my view, and it is illustrated in the following passage in Lord Kilbrandon's reasons (at p. 769):

> A conviction depending solely on the fleeting identification by a single stranger could, for example, have been upheld, though on a different view of the 1907 Act it would have been possible to condemn it as unreasonable, just as today it would very probably be thought unsafe or unsatisfactory, and be set aside on those grounds.

*Appeal dismissed,* SPENCE *and* LASKIN JJ. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Thomas A. Dohm, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Alexander, Guest & Co., Vancouver.*

pel; et Lord Kilbrandon a fait remarquer qu'il aurait été possible pour les tribunaux, après 1907, de déclarer que si un verdict était peu sûr ou non satisfaisant, il n'était pas raisonnable. C'est là mon avis, dont le passage suivant des motifs de Lord Kilbrandon (à la p. 769) donne une illustration:

> [TRADUCTION] Une déclaration de culpabilité reposant entièrement sur l'identification fugitive que fait une personne qui ne connaissait pas l'accusé aurait pu, par exemple, être maintenue, bien qu'en se fondant sur une conception différente de la loi de 1907 il aurait été possible de la taxer de déraisonnable, tout comme aujourd'hui elle serait fort probablement jugée peu sûre ou non satisfaisante, et serait pour ce motif infirmée.

*Appel rejeté, les* JUGES SPENCE *et* LASKIN *étant dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Thomas A. Dohm, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée: Alexander, Guest & Co., Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Wayne Bernard Lovis** *Respondent.*

---

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Lucien Raymond Moncini** *Respondent.*

1974: May 15, 16; 1974: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Robbery and possession of stolen automobile — Circumstantial evidence — Charge to jury — Instructions as to law applicable in determining whether certain articles in possession of both accused — Whether misdirection in application of s. 3(4) of Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34.*

The respondents L and M were each convicted, after a jury trial, on two counts, one of robbery and one of possession of a stolen automobile. The trial judge considered that the presence of certain articles in a car driven by L, in which M was a passenger, was of considerable importance. The articles included a briar pipe, a tie-down, a hand gun's price tag, which was an important evidentiary link to the robbery, and a note alleged to relate to the plans for escape after the robbery. The pipe and the tie-down had been removed from a stolen car alleged to have been the getaway car following the robbery. The trial judge undertook to instruct the jury as to law applicable in determining whether these items could be said to be in the possession of both L and M and in so doing he directed the attention of the jury to the provisions of s. 3(4) of the *Criminal Code.*

The Court of Appeal, on considering the respondents' appeals from conviction, directed a new trial. Two of the members of the Court agreed with the submission of counsel for the accused that s. 3(4) is applicable only where it is necessary to interpret the word "possession" in a provision of the *Criminal Code* and they held that there had been an erroneous

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*;

et

**Wayne Bernard Lovis** *Intimé.*

---

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*;

et

**Lucien Raymond Moncini** *Intimé.*

1974: les 15 et 16 mai; 1974: le 28 juin.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel—Vol qualifié et possession d'une automobile volée—Preuve indirecte—Directives au jury—Indications quant au droit applicable lorsqu'il s'agit de déterminer si les deux accusés avaient certains articles en leur possession—Les indications concernant l'application du par. (4) de l'art. 3 du Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, étaient-elles erronées?*

A la suite d'un procès par jury, chacun des intimés L et M a été déclaré coupable sous deux chefs: vol qualifié et possession d'une automobile volée. Le juge de première instance a jugé très significative la présence de certains articles dans la voiture conduite par L et dans laquelle M avait pris place. Ces articles comprenaient une pipe en bruyère, une attache, l'étiquette du prix d'un pistolet, qui constituait un chaînon important dans la preuve du vol qualifié, et une note qui, a-t-on dit, se rapportait aux plans de fuite après le vol. La pipe et l'attache avaient été enlevées de la voiture volée qui aurait servi à la fuite après le vol. Le juge de première instance a entrepris d'instruire le jury du droit applicable pour qui veut déterminer si l'on peut dire que L et M avaient ces articles en leur possession, et ce faisant, il a signalé à l'attention du jury les dispositions du par. (4) de l'art. 3 du *Code criminel.*

Lorsque la Cour d'appel a examiné les appels interjetés par les intimés contre la condamnation, elle a ordonné un nouveau procès. Deux des membres de la Cour ont souscrit à la prétention de l'avocat des accusés voulant que le par. (4) de l'art. 3 soit applicable seulement lorsqu'il est nécessaire d'interpréter le mot «possession» dans une disposition du *Code cri-*

application of that provision prejudicial to the accused.

*Held*: The appeal should be allowed and the verdict at trial restored.

The majority of the Court of Appeal erred in their interpretation of s. 3(4) of the Code. Section 3(4) does not purport to define the word "possession". It provides, generally, that for the "purposes" of the Act possession may be established in certain ways. The words "for the purposes of this Act" are broad enough to encompass all proceedings brought under the Code.

The trial judge was not in error in stressing the requirements of s. 3(4) for establishing possession of the four articles to which he referred. Here, as in *Reference re R. v. Coffin*, [1956] S.C.R. 191, a rule relating to possession of certain articles was used to link the accused to pieces of evidence in respect of a crime in which their possession was not, otherwise, a material element. The operation of s. 3(4) was an important element in the appellant's attempt to connect the accused to the evidence as to the stolen car and to the robbery and it deserved full attention in the charge to the jury.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], allowing the appeals of the accused from their convictions, after a jury trial, for robbery and possession of a stolen automobile. Appeal allowed.

*G. L. Murray, Q.C.*, for the appellant.

*S. B. Simons*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—Each of the respondents was convicted, after a jury trial, on two counts, one of robbery and one of possession of a stolen automobile. They appealed to the Court of Appeal for British Columbia, which ordered a new trial. From that judgment the Crown appeals to this Court, by leave, on a stated question of law.

[1] [1973] 5 W.W.R. 622, 13 C.C.C. (2d) 48, 23 C.R.N.S. 336.

*minel*, et ils ont statué que l'on avait appliqué à tort cette disposition et causé un préjudice aux accusés.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être accueilli et le verdict de première instance rétabli.

La majorité de la Cour d'appel a fait erreur dans son interprétation du par. (4) de l'art. 3 du Code. Le par. (4) de l'art. 3 n'est pas donné comme une définition du mot «possession». Il prévoit, de façon générale, que «aux fins» du Code, la possession peut être établie de certaines façons. L'expression «Aux fins de la présente loi» a un sens assez large pour viser toutes les procédures introduites sous le régime du Code.

Le juge de première instance n'a pas commis une erreur en insistant sur les exigences du par. (4) de l'art. 3, quant à l'établissement de la possession des quatre articles qu'il a mentionnés. En l'espèce, tout comme dans le renvoi *re R. c. Coffin*, [1956] R.C.S. 191, on a recours à une règle relative à la possession de certains articles pour relier les accusés à des morceaux de preuve relativement à un crime où leur possession n'est pas, autrement, un élément important. L'application du par. (4) de l'art. 3 était un élément important lorsque l'appelante a tenté de rattacher l'accusé à la preuve concernant la voiture volée et le vol qualifié, et il y avait lieu d'y accorder une attention entière dans les directives au jury.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1] accueillant les appels interjetés par les accusés contre leur condamnation, à la suite d'un procès par jury, pour vol qualifié et possession d'une automobile volée. Pourvoi accueilli.

*G. L. Murray, c.r.*, pour l'appelante.

*S. B. Simons*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—A la suite d'un procès par jury, chacun des intimés a été déclaré coupable sous deux chefs: vol qualifié et possession d'une automobile volée. Ils ont interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a ordonné un nouveau procès. Or, la Couronne en appelle de ce jugement à cette Cour, par permission, sur une question de droit formulée.

[1] [1973] 5 W.W.R. 622, 13 C.C.C. (2d) 48, 23 C.R.N.S. 336.

A car owned by James A. Brown was stolen from him on August 26, 1971. In the car at that time were various objects, including a briar pipe and a rubber "tie-down". Brown's car, a Chevrolet Impala, was blue-green in colour with a white top. It was recovered on August 27, 1971, in the vicinity of Alta Lake, British Columbia, and when it was recovered the briar pipe and the "tie-down", along with other articles, were missing.

The Bank of Nova Scotia at Alta Lake was robbed about 12:45 p.m. on August 27 and, in connection with the robbery, an automobile was used as an escape vehicle which was described by witnesses as having a blue body with a white top. A gun was used in the robbery by one man who entered the bank wearing a mask, sunglasses and an artificial beard. The gun was described by the teller as having "an eight or ten inch barrel on it" and as being "very dark, black, and quite clean looking".

The man who entered the bank was identified by the teller as the respondent Lovis, but under cross-examination she admitted that this was a "well educated guess".

The driver of the "get-away" car, who did not enter the bank, was described by the witness Zebrowsky, who was in the bank at the time of the robbery, as wearing "long yellow gloves".

At or about the time the bank was robbed, the witnesses Goddard and Straight saw an older model, light-coloured Chevrolet parked on a side road not far from Whistler ski lift and both witnesses identified the respondent Moncini as sitting in that car.

On August 11, 1971, a hand gun was missed from a store owned by Mrs. Janowsky at Gibson, British Columbia. Attached to the gun was a price tag and Mrs. Janowsky was able to

Le 26 août 1971, M. James A. Brown s'est fait voler sa voiture, de marque Chevrolet Impala, de couleur bleu-vert et à toit blanc, dans laquelle se trouvaient divers objets dont une pipe en bruyère et une attache («tie down») en caoutchouc. On a retrouvé la voiture le 27 août 1971 dans le voisinage d'Alta Lake, en Colombie-Britannique, et à ce moment-là la pipe en bruyère, l'attache et d'autres articles avaient disparu.

Le 27 août, vers 12 h 45 de l'après-midi, un vol qualifié a été commis à la banque de la Nouvelle-Écosse d'Alta Lake, et en rapport avec ce vol, le véhicule utilisé par les voleurs pour fuir les lieux était, d'après la description donnée par des témoins, une automobile à carrosserie bleue et à toit blanc. Un homme s'était introduit dans la banque portant un masque, des lunettes de soleil et une barbe postiche. Au cours du vol il a utilisé une arme à feu que la caissière a décrite comme ayant une [TRADUCTION] «canon de huit à dix pouces» et comme étant «de couleur très foncée, noire et d'une apparence de grande propreté».

La caissière a identifié l'homme qui est entré dans la banque comme étant l'intimé Lovis; cependant, en contre-interrogatoire, elle a admis qu'il s'agissait d'une bonne déduction de sa part («*well educated guess*»).

Le chauffeur de la voiture utilisée pour fuir, qui n'est pas entré dans la banque, portait de «longs gants jaunes», selon la description donnée par le témoin Zebrowsky qui était dans la banque au moment du vol.

Au moment où le vol a été commis, ou à peu près vers ce moment-là, les témoins Goddard et Straight ont vu un ancien modèle de Chevrolet, de couleur claire, en stationnement sur un chemin de traverse non loin du remonte-pente Whistler, et ils ont tous deux identifié l'intimé Moncini comme personne assise dans cette voiture.

Le 11 août 1971, un pistolet avait disparu du magasin de M^me^ Janowsky, à Gibson en Colombie-Britannique. Le pistolet portait une étiquette en indiquant le prix, et M^me^ Janowsky a été

identify both the gun and the price tag when they were found in the circumstances described later.

The witness McConkey, the ski school director at Whistler, drove up behind the ski shop at about noon on August 27 and noticed a blue-coloured car parked there with two men in it and a third man standing beside it. When he came out of the shop about three-quarters of an hour later the car was gone. McConkey later saw the car at the police station in Squamish. McConkey identified Lovis and McConnell as two of the men he saw at the ski lift, at a line-up after the respondents had been apprehended. Later in court when the two accused had been seated among the spectators, McConkey picked out Lovis and one McLaren (who was not involved) and Moncini as a possibility.

At about 1:40 p.m. on August 27, an R.C.M.P. constable was at a road block on the highway leading from Alta Lake to West Vancouver and stopped a light-blue Chevrolet. There were three occupants of the car—Lovis was driving, Moncini was in the back seat and one McConnell was seated beside Lovis in the front seat. In the car were three sleeping bags, together with a number of articles similar to those stolen from Brown. Brown positively identified a briar pipe on the back window as having come from his car. He also positively identified a rubber "tie-down" which was found on the floor of the back seat as having come from his stolen car. The R.C.M.P. constable, Lawton, later, at 3:25 p.m., saw the car again at which time he seized a pair of leather pants from the car, together with a note in one of the pockets, and he also seized a price tag which he found on the floor in the rear of the car.

During the course of his conversation with the occupants of the car, Lawton saw the briar pipe and asked who was the pipe smoker and Moncini said that he was. Moncini also admitted

capable d'identifier et l'arme et l'étiquette lorsqu'on les a trouvées dans les circonstances énoncées ci-après.

Le témoin McConkey, directeur de l'école de ski de Whistler, est arrivé en voiture derrière la boutique d'accessoires de ski vers midi le 27 août, et il a remarqué une voiture de couleur bleue en stationnement à cet endroit, deux hommes dans la voiture et un troisième se tenant debout tout près. Lorsqu'il est sorti de la boutique environ trois quarts d'heure plus tard, la voiture n'y était plus. McConkey a ensuite vu la voiture au poste de police de Squamish. A une parade d'identification (*line-up*) après l'arrestation des intimés, il a identifié Lovis et McConnell comme étant les deux hommes aperçus au remonte-pente. Ultérieurement, en cour, alors que les deux accusés avaient pris place parmi les spectateurs, McConkey a désigné Lovis et un nommé McLaren (qui n'était pas impliqué) ainsi que Moncini comme possibilité.

Vers 1 h 40 de l'après-midi le 27 août, un agent de la G.R.C. posté à un barrage érigé sur la route conduisant d'Alta Lake à West Vancouver a arrêté une voiture chevrolet bleu-clair. Il y avait trois passagers dans la voiture: Lovis conduisait, Moncini avait pris place sur la banquette arrière et un nommé McConnell était sur la banquette avant, à côté de Lovis. Dans la voiture se trouvaient trois sacs de couchage et un certain nombre d'objets semblables à ceux volés à Brown. Ce dernier a positivement identifié comme provenant de sa voiture volée une pipe de bruyère sur la fenêtre arrière. Il en fait de même pour une attache en caoutchouc trouvée sur le plancher de la banquette arrière. L'agent de la G.R.C., Lawton, plus tard, à 3 h 25 de l'après-midi, a revu la voiture et en a saisi un pantalon de cuir ainsi qu'une note qui se trouvait dans une des poches, et aussi une étiquette marquée d'un prix qu'il a trouvé sur le plancher à l'arrière de la voiture.

Au cours de sa conversation avec les occupants de la voiture, Lawton a vu la pipe en bruyère et a demandé qui fumait la pipe. Moncini a répondu que c'était lui, et il a aussi

ownership of the leather pants, in the pocket of which was found a note reading:

Pick me up in the cool car at three. Bring two sleeping bags.

On October 14, 1971, Constable Felkar of the R.C.M.P., as a result of a skin-diving expedition in Daisy Lake (just off the highway between Alta Lake and West Vancouver), found a black bag which contained a false beard, sunglasses, three hand guns and a quantity of money, as well as a pair of tan gloves. One of the guns was identified by Mrs. Janowsky as being the gun to which the price tag found in the car occupied by the respondents, which she also identified, had been affixed.

Neither of the respondents gave evidence at the trial and both were convicted on both counts contained in the indictment.

The trial judge properly considered that the presence, in the car, driven by Lovis, in which Moncini was a passenger, of the briar pipe and the rubber tie, both of which had been removed from Brown's car, of the price tag, and the note in the pocket of the leather pants which Moncini said were his, was of considerable significance. He undertook to instruct the jury as to law applicable in determining whether those articles could be said to be in the possession of both Lovis and Moncini. He directed the attention of the jury to the provisions of s. 3, subs. 4, of the *Criminal Code*, which provides as follows:

For the purposes of this Act,

(*a*) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

(*b*) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be

affirmé que le pantalon de cuir lui appartenait. C'est dans la poche de ce pantalon qu'a été trouvée une note portant le message suivant:

[TRADUCTION] Viens me prendre dans la voiture froide à trois heure. Apporte deux sacs de couchage.

Le 14 octobre 1971, l'agent Felkar de la G.R.C., à la suite d'une expédition de plongée sous-marine dans le lac Daisy (tout près de la route qui relie Alta Lake et West Vancouver), a trouvé un sac noir contenant une barbe postiche, des lunettes de soleil, trois pistolets et une somme d'argent de même qu'une paire de gants de couleur havane. M^me^ Janowsky a reconnu l'un de ces pistolets comme étant celui qui portait l'étiquette de prix, laquelle elle a aussi reconnue, que l'on a trouvée dans la voiture où prenaient place les intimés.

Aucun des deux intimés n'a témoigné au procès, et les deux ont été déclarés coupables sous les deux chefs de l'acte d'accusation.

Le juge de première instance a vu juste lorsqu'il a jugé très significative la présence, dans la voiture conduite par Lovis et dans laquelle Moncini avait pris place, de la pipe en bruyère et de l'attache en caoutchouc enlevées toutes deux de la voiture de Brown, de l'étiquette de prix, et de la note dans la poche du pantalon de cuir que Moncini prétendait être le sien. Il a entrepris d'instruire le jury du droit applicable pour qui veut déterminer si l'on peut dire que Lovis et Moncini avaient ces articles en leur possession. Il a signalé à l'attention du jury les dispositions de l'art. 3, par. 4, du *Code criminel*, qui se lisent ainsi:

Aux fins de la présente loi,

*a*) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession personnelle ou que, sciemment,

(i) elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne, ou

(ii) elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne; et

*b*) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose

in the custody and possession of each and all of them.

The Court of Appeal, on considering the respondents' appeals from conviction, directed a new trial. Two of the members of the Court agreed with the submission of counsel for the accused that s. 3(4) is applicable only where it is necessary to interpret the word "possession" in a provision of the *Criminal Code* and they held that there had been an erroneous application of that provision prejudicial to the accused.

The appellant obtained leave to appeal to this Court on the following question of law:

Did the Court of Appeal for the Province of British Columbia err in holding that the learned trial judge misdirected the jury on both counts of the indictment with respect to the application of Section 3, Sub-section 4, of The Criminal Code?

With respect, I do not agree with the conclusion reached by the majority of the Court of Appeal as to the scope of the application of s. 3(4). It is said, in their reasons, that "For the purposes of this Act" is not synonymous with "In all proceedings under this Act". My opinion is that the subsection is applicable to all proceedings under the Act.

Section 3(4) is not a part of the definition section of the *Criminal Code*. Definitions are set out in s. 2 which appears under the heading "INTERPRETATION". Section 2 commences with the words "In this Act" and lists a series of words, followed, in each case, by the verb "includes" or the verb "means", in turn followed by a definition of the specific word. Section 3(4) comes under the heading "GENERAL". It does not purport to define the word "possession". It provides that "For the purposes of this Act" certain circumstances will constitute possession of "anything" in a person.

The effect of s. 2 is that when a defined word is used in the Code it shall have the meaning, or

est censée sous la garde et en la possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

Lorsque la Cour d'appel a examiné les appels interjetés par les intimés contre la condamnation, elle a ordonné un nouveau procès. Deux des membres de la Cour ont souscrit à la prétention de l'avocat des accusés voulant que l'art. 3, par. (4) soit applicable seulement lorsqu'il est nécessaire d'interpréter le mot «possession» dans une disposition du *Code criminel*, et ils ont statué que l'on avait appliqué à tort cette disposition et causé un préjudice aux accusés.

L'appelante a obtenu la permission de se pourvoir devant cette Cour au sujet de la question de droit suivante:

La Cour d'appel de la province de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en statuant que le savant juge de première instance a donné des indications erronées au jury sur les deux chefs de l'acte d'accusation pour ce qui est de l'application de l'art. 3, par. (4), du *Code criminel*?

Avec respect, je n'accepte pas la conclusion de la majorité des membres de la Cour d'appel quant à la portée de l'art. 3, par. (4). Ils affirment, dans leurs motifs de jugement, que l'expression «Aux fins de la présente loi» n'est pas synonyme de l'expression [TRADUCTION] «Dans toutes procédures sous le régime de la présente loi». D'après moi, le paragraphe est applicable à toutes les procédures sous le régime du Code.

L'article 3, par. (4) ne fait pas partie de l'article du *Code criminel* qui a trait aux définitions. Des définitions sont données à l'art. 2 sous le titre «INTERPRÉTATION». Cet article commence par les mots «Dans la présente loi» et donne une série de mots suivis dans chaque cas du verbe «comprend», «signifie» ou «désigne» puis de la définition du mot. L'article 3, par. (4), paraît sous le titre «DISPOSITIONS GÉNÉRALES». Cet article n'est pas donné comme une définition du mot «possesion». Il prévoit que «Aux fins de la présente loi», certaines circonstances constitueront la possession d'«une chose» par une personne.

L'effet de l'art. 2 est de faire en sorte que lorsqu'un mot défini à cet article est employé

shall include the meaning, ascribed to it in that section. But s. 3(4) is not dealing only with the meaning of the word "possession" where it appears in the Code. It provides, generally, that for the "purposes" of the Act possession may be established in certain ways.

The words "For the purposes of this Act" are broad enough to encompass all proceedings brought under the Code, and, in my opinion, they should receive that interpretation.

The effect of the construction placed by the majority of the Court of Appeal upon s. 3(4) would be that, if the respondents had been charged with having possession of the pipe, the tie-down and the price tag knowing them to be stolen, possession could be proved in the manner described in the subsection, but, if possession of those articles is sought to be established as a circumstantial link in the chain of evidence in proof of another crime, it cannot be established in that manner. This result, in my opinion, would not be in accord with the intention of the subsection.

I mention, in passing, that the majority of the Court of Appeal were of the view that s. 3(4) could properly be applied in respect of the second charge against the respondents, *i.e.*, possession of Brown's automobile, knowing it to be stolen, although the articles, the possession of which was being discussed by the trial judge, were those previously mentioned.

In the result, I am of the opinion that the majority of the Court of Appeal erred in their interpretation of s. 3(4) of the *Criminal Code.*

This disposes of the legal issue in respect of which the appellant was given leave to appeal. Counsel for the respondents contends that, apart from this matter, the respondents were entitled to succeed on their appeal to the Court of Appeal upon other grounds and he refers to the statement made in the majority reasons that:

dans le Code il a la signification, ou comprend le sens, que lui attribue l'article. Or, l'art. 3, par. (4) ne traite pas seulement du sens du mot «possession» aux endroits où il figure dans le Code mais il prévoit aussi, de façon générale, que «aux fins» du Code, la possession peut être établie de certaines façons.

L'expression «Aux fins de la présente loi» a un sens assez large pour viser toutes les procédures introduites sous le régime du Code, et, à mon avis, c'est bien le sens qu'il faudrait lui attribuer.

L'interprétation donnée à l'art. 3, par. (4), par la majorité des membres de la Cour d'appel a l'effet suivant: si les intimés avaient été accusés d'avoir eu en leur possession la pipe, l'attache et l'étiquette de prix sachant qu'il s'agissait d'objets volés, la possession pourrait être établie de la façon décrite dans ce paragraphe, mais, si l'on cherche à établir la possession de ces articles en tant que chaînon d'une chaîne de circonstances pour faire la preuve d'un autre crime, il n'est pas possible de l'établir de cette façon-là. A mon avis, un tel résultat irait à l'encontre de l'intention du paragraphe.

Soit dit en passant, la majorité des membres de la Cour d'appel a jugé que l'art. 3, par. (4), pourrait s'appliquer à bon droit à l'égard du deuxième délit reproché aux intimés, à savoir celui de possession de la voiture de Brown sachant qu'il s'agissait d'une voiture volée, bien que les objets, dont le juge de première instance discutait la possession, aient été ceux mentionnés précédemment.

En définitive, je suis d'avis que la majorité des membres de la Cour d'appel a fait erreur dans son interprétation de l'art. 3, par. (4), du *Code criminel.*

Voilà qui règle la question de droit pour laquelle l'appelante a obtenu la permission de se pourvoir devant cette Cour. Indépendamment de cette question, l'avocat des intimés soutient que ceux-ci avaient le droit de gagner leur cause en appel devant la Cour d'appel sur d'autres moyens, et il se reporte à la déclaration suivante qui a été faite dans l'exposé des motifs de la majorité:

Even if, contrary to my opinion, s. 3(4) could in an appropriate case be applicable to a count in which possession was not an essential element, I think, with respect, that this was not an appropriate case and that the charge was open to objection.

This statement is amplified in the next following paragraph, as follows:

Whether or not the appellants had custody or possession of the articles had no legal significance. The appellants were not charged with illegal possession of the articles. The origin of the articles, the history of their journeyings, where they were and who was present when they were seen by the police at a roadblock, these were all circumstances from which the jury could draw inferences in coming to a conclusion whether or not the charge of robbery by the appellants had been proved. In this process, a conclusion that the articles were in the custody and possession of the appellants or one of them would not be a landmark, but the emphasis placed on the imposed conclusion to be drawn from the proof of certain facts must have led the jury to think that such a conclusion would establish nothing less than an essential ingredient of Count 1 and carry them a long way towards a verdict of guilty; it must have led them to think that there would be something decisive of the case in the statutory conclusion of custody or possession, which there was not. If the jury did not get that, or some similar, impression, this part of the charge must have caused confusion in their minds by making them wonder—as I have done—what the significance of all the talk of s.s. (4) of s. 3 was.

With respect, after considering the charge, I do not come to this conclusion. In the charge to the jury the position of the appellant was outlined as follows:

In his address to you yesterday Mr. Murray made statements as follows, or to the following effect: When he opened before you and in addressing you yesterday he said that in the view of the prosecution there was a successful plot to rob the bank; secondly, that the participants in the plot were McConnell, Lovis and Moncini; thirdly, that these three came into

[TRADUCTION] Même si, contrairement à mon opinion, l'art. 3, par. 4, peut, dans un cas approprié, s'appliquer à un chef d'accusation qui ne comporte pas la possession comme élément essentiel, j'estime, avec respect, qu'il ne s'agissait pas ici d'un cas de ce genre et que les directives prêtaient à objection.

Cette déclaration est développée dans l'alinéa qui vient immédiatement après, comme suit:

Au point de vue juridique, il importait peu de savoir si les appelants avaient la garde ou étaient en possession des articles. Ils n'étaient pas accusés de possession illégale de ces articles. La provenance des articles, les péripéties de leur transport, l'endroit où ils étaient et les personnes présentes lorsque la police les a vus à un barrage sur la route sont autant de circonstances qui permettaient au jury de faire des déductions pour juger si, oui ou non, l'accusation de vol qualifié formulée contre les appelants avait été prouvée. Dans cette optique, le fait de conclure que les appelants, ou l'un d'eux, avaient la garde ou étaient en possession des articles ne constitue pas un jalon; cependant, l'importance donnée à la conclusion que l'on imposait de tirer de certains faits prouvés doit avoir amené le jury à penser qu'une telle conclusion établissait rien moins qu'un élément essentiel du premier chef d'accusation et aurait pour effet de les mener très avant sur la route d'un verdict de culpabilité. Le jury a dû être porté à croire que la conclusion légale qu'il y avait eu garde ou possession constituait quelque chose qui déterminait le sort de l'affaire, ce qui n'était pas le cas. Si le jury n'a pas eu cette impression ou une impression semblable, cette partie des directives du juge aux jurés a dû jeter la confusion dans leurs esprits, car ils ont dû se demander—comme je l'ai fait moi-même—quelle importance ils devaient accorder à tout ce qu'on on leur avait dit au sujet de l'art. 3, par. 4.

Avec respect, après avoir examiné les directives, je n'arrive pas à cette même conclusion. Dans ces directives au jury, le point de vue de l'appelante a été exposé comme suit:

[TRADUCTION] Lorsqu'il vous a adressé la parole hier, M. Murray a fait les déclarations suivantes ou des déclarations portant ce qui suit: Lorsqu'il vous a fait son exposé préliminaire et en vous adressant la parole hier, il a affirmé que, de l'avis de la partie qui soutient l'accusation, il s'agissait d'un complot organisé avec succès en vue de voler la banque; deuxiè-

possession of a stolen car, namely the car which Mr. Brown told us had been taken from him; fourthly, that Mr. Brown's car was the getaway car and that there was a switch of cars; fifthly, that Mr. Lovis was the gunman and he was the one who robbed Brenda McLeod and that Mr. Moncini was in the other car and indicated that by reason of the robbery and by reason of the road block and by reason of Highway 99 being the only highway from Squamish to Alta Lake, that certain articles and money had been disposed of and left somewhere and were not in the car when Constable Lawton stopped the car in the road block at 1:40 o'clock on the afternoon of the robbery.

With respect to the pipe and the tie the appellant sought to establish possession in both respondents as an important evidentiary link connecting them with the stolen Brown car (the subject-matter of Count 2) which was alleged to be the get-away car after the robbery (Count 1). With respect to these items, the jury was told:

So these two items, you see, you may infer or you may be driven to the conclusion were from Mr. Brown's car and are in this other car, sometimes called the McConnell car, because McConnell produced the registration and insurance indicating that he was the registered owner of that car.

In that car there were three people and the question is, who was in possession. That is not the proper way to state it. Has the Crown proved that someone was in possession and, if so, who? You must consider that question with regards to the definition of possession.

Under this definition the Crown is saying and has said where one of three persons with the knowledge and consent of the other two has anything in his possession, in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

Now, in the ordinary course to establish that it must be found that one of the three persons was in possession and, secondly, that that one person was in possession with the knowledge and consent of the other two or one of the other two.

mement, que les participants au complot étaient McConnell, Lovis et Moncini; troisièmement, que ces trois personnes étaient entrées en possession d'une voiture volée, à savoir la voiture que M. Brown nous a dit lui avoir été enlevée; quatrièmement, que la voiture de M. Brown était celle dont on s'était servi pour s'enfuir et qu'il y avait eu substitution de voiture; cinquièmement, que M. Lovis était le bandit armé et qu'il était celui qui avait volé Brenda McLeod et que M. Moncini était dans l'autre voiture, et il a signalé que, en raison du vol qualifié et du barrage sur la route et du fait que la route 99 est la seule qui relie Squamish et Alta Lake, certains articles et une somme d'argent avaient été abandonnés et laissés quelque part et ne se trouvaient pas dans la voiture lorsque l'agent Lawton a arrêté celle-ci au barrage à 1 h 40 de l'après-midi, le jour du vol qualifié.

En ce qui concerne la pipe et l'attache en caoutchouc, l'appelante a cherché à établir la possession par les deux intimés comme élément de preuve important reliant ces derniers à la voiture volée de Brown (objet du deuxième chef d'accusation), voiture qui aurait servi à la fuite après le vol qualifié (premier chef). Au sujet de ces articles, on a dit au jury:

[TRADUCTION] Ainsi, voyez-vous, vous pouvez déduire ou être amenés à conclure que ces deux articles provenaient de la voiture de M. Brown et se trouvent dans cette autre voiture, appelée parfois la voiture de McConnell, puisque ce dernier a produit la carte d'immatriculation et d'assurance indiquant qu'il est le propriétaire inscrit de cette voiture-là.

Dans cette voiture-là prenaient place trois personnes, et la question est, qui avait la possession? Ce n'est pas la bonne façon de poser la question. La Couronne a-t-elle prouvé que quelqu'un était en possession, et, dans l'affirmative, qui? Vous devez examiner cette question en tenant compte de la définition de la possession.

Suivant cette définition, la Couronne affirme et a affirmé que lorsqu'une de trois personnes, au su et avec le consentement des deux autres, a une chose en sa possession, en sa garde ou en sa possession, cette chose est censée être sous la garde et en la possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

Or, dans le cours ordinaire des choses, pour établir ça il faut conclure que l'une des trois personnes était en possession et, deuxièmement, que cette personne était en possession au su et avec le consentement des deux autres ou de l'une des deux autres personnes.

The price tag was an important evidentiary link in respect of the gun, which was thrown into the lake, and, thus, to the robbery, the subject of Count 1. The note, found in the pocket of the pants, was alleged by the appellant to relate to the plans for escape after the robbery.

While it is true that the respondents were not charged with illegal possession of those items, the significance of that possession in relation to the offences with which they were charged can be illustrated by a reference to the decision of this Court in *Reference re R. v. Coffin*[2]. In that matter, which involved a charge of murder, evidence was given relating to the possession by the accused of articles which had been in the possession of members of a hunting party, which included the victim, prior to his death. With respect to this evidence it was contended, on behalf of the accused, that the trial judge erred in instructing the jury on the doctrine of recent possession and that the jury had been misdirected as to the burden resting on the accused to explain his possession. It was also contended that the jury should have been directed that they were not entitled to convict the accused of murder because he was guilty of the theft of the various articles.

These objections were rejected, and the significance of the possession of the stolen articles was dealt with by Taschereau J. (as he then was), with whom Kerwin C.J. concurred, at p. 204:

I also regard the second point as without foundation. In my view, the judge was not required to tell the jury what he is said to have neglected to tell them. The fact that Coffin had in his possession recently stolen effects not only gave rise to the presumption, in the absence of any explanation, that he had stolen them, but the jury was entitled to conclude that it was one link in a chain of circumstances indicating that he had committed the murder.

[2] [1956] S.C.R. 191.

L'étiquette de prix constituait un chaînon important quant à l'arme à feu, qui a été jetée dans le lac, et, par conséquent, quant au vol qualifié, premier chef d'accusation. La note, trouvée dans la poche du pantalon, se rapportait selon l'appelante aux plans de fuite après le vol.

Bien qu'il soit vrai que les intimés n'étaient pas accusés de possession illégale de ces articles, l'importance que présente la possession des articles en question par rapport aux infractions dont ils étaient accusés peut se démontrer par renvoi à la décision de cette Cour dans le renvoi concernant l'affaire *R. c. Coffin*[2]. Dans cette affaire comportant une accusation de meurtre, certains éléments de preuve se rapportaient à la possession par l'accusé d'articles qu'avaient eus en leur possession les membres d'une partie de chasse comprenant la victime. Au sujet de ces éléments de preuve, on a soutenu au nom de l'accusé que le juge de première instance avait commis une erreur en instruisant le jury de la règle de droit visant la possession récente et que le jury avait été mal informé quant à l'obligation pour l'accusé d'expliquer sa possession. On a en outre affirmé que le jury aurait dû être informé qu'il n'avait pas le droit de déclarer l'accusé coupable de meurtre pour le motif qu'il était coupable du vol des divers articles.

Ces objections ont été rejetées, et M. le Juge Taschereau (qui n'était pas encore juge en chef), avec qui M. le Juge en chef Kerwin était d'accord, a traité en ces termes de l'importance de la possession des articles volés, à la p. 204:

Je crois également le second point non fondé. Je suis d'opinion que le juge ne devait pas dire au jury ce qu'on lui reproche d'avoir omis. Le fait pour Coffin d'avoir en sa possession des effets récemment volés, faisait naître non seulement la présomption, faute d'explication, qu'il les avait volés, mais le jury avait le droit de conclure que c'était un lien dans une chaîne de circonstances, qui indiquait qu'il avait commis le meurtre.

[2] [1956] R.C.S. 191.

Kellock J., with whom Rand J. and Fauteux J. (as he then was) concurred, dealt with this matter as follows, at p. 225:

In my opinion, therefore, there was abundant evidence from which the jury could conclude that the possessor of the money and the other items was the robber and the murderer as well. I think they have done so.

In *Regina v. Exall*, (1866) 4 F. & F. 922, Pollock C.B., said at 924:

> The principle is this, that if a person is found in possession of property recently stolen, and of *which he can give no reasonable account*, a jury are justified in coming to the conclusion that he committed the robbery.
>
> And so it is of any crime to which the robbery was incident, or with which it was connected, as burglary, arson, or murder. For, if the possession be evidence that the person committed the robbery, and the person who committed the robbery committed the other crime, then it is evidence that the person in whose possession the property is found committed that other crime.
>
> The law is, that if recently after the commission of the crime, a person is found in possession of the stolen goods, that person is called upon to *account* for the possession, that is, to give an explanation of it, which is not unreasonable or improbable.

In a note to the above case at p. 850 of vol. 176 of the English Reports, the editor refers to the case of *R. v. Muller* at p. 385 of the same volume, where the murder in question had occurred in a railway carriage on a Saturday evening and on the following Monday the prisoner was found in possession of the watch of the murdered man which he said he had bought off a pedlar at the London docks. The question arose as to whether, supposing the jury were not satisfied of the accused's guilt upon the evidence apart from the recent possession of the hat and watch, such possession would be sufficient proof of the prisoner's guilt of the murder. The note reads:

> That it would have been sufficient, if no explanation at all had been offered, would be conceded. For the absence of explanation would have amounted to an admission.

M. le Juge Kellock, avec qui M. le Juge Rand et M. le Juge Fauteux (qui n'était pas encore juge en chef) étaient d'accord, a traité de la question en ces termes, p. 225:

[TRADUCTION] A mon avis, par conséquent, il y avait abondance d'éléments de preuve d'après lesquels le jury pouvait conclure que le possesseur de la somme d'argent et des autres articles était à la fois le voleur et le meurtrier. Je crois que c'est ce qu'il a fait.

Dans l'affaire *Regina v. Exall*, (1866) 4 F. & F. 922, le Baron en chef Pollock affirme à la page 924:

> Le principe est que si une personne est trouvée en possession de biens récemment volés et *ne peut donner de la possession une explication valable*, un jury est autorisé d'en conclure qu'elle a commis le vol qualifié.
>
> Et il en est ainsi de tout crime dont le vol qualifié a été un incident, ou auquel ce vol qualifié est relié, comme le crime de cambriolage, d'incendie ou de meurtre. Car, si la possession est une preuve suivant laquelle la personne a commis le vol qualifié, et si l'auteur du vol qualifié est celui qui a commis l'autre crime, la possession est alors une preuve suivant laquelle la personne trouvée en possesion des biens a commis cet autre crime.
>
> En droit, si, peu de temps après la perpétration du crime, une personne est trouvée en possession des biens volés, cette personne est appelée à *expliquer* comment il se fait qu'elle se trouve en leur possession, c'est-à-dire, à donner une explication qui ne soit ni absurde ni improbable.

Dans une note en marge de l'affaire précitée à la page 850 du volume 176 des *English Reports*, l'arrêtiste fait mention de l'affaire *R. v. Muller* mentionnée à la page 385 du même volume. Dans *Muller*, un meurtre avait été commis un samedi soir dans une voiture de chemin de fer: le lundi suivant, l'accusé était trouvé en possession de la montre de la victime, qu'il affirmait avoir achetée d'un colporteur sur les quais de Londres. S'est posée la question de savoir si, en supposant que le jury n'était pas convaincu de la culpabilité de l'accusé d'après la preuve considérée indépendamment de la possession récente du chapeau et de la montre, cette possession serait une preuve suffisante que l'accusé était coupable de meurtre. La note en marge de l'affaire *Regina v. Exall* se lit ainsi:

> Il ne serait pas contesté que ç'aurait été une preuve suffisante si aucune explication n'avait été présentée. Car le défaut d'explication serait l'équivalent d'un aveu.

In the light of these statements as to what may be the effect of recent possession of stolen articles, not only in relation to a theft of the articles themselves, but also in relation to the evidence as to the commission of another crime, I do not think that it is a valid ground for upsetting the jury verdict because the trial judge may have stressed the requirements of s. 3(4) for establishing possession of the four articles to which he referred. Here, as in the *Coffin* reference, a rule relating to possession of certain articles is used to link the accused to pieces of evidence in respect of a crime in which their possession is not, otherwise, a material element. The operation of s. 3(4) was an important element in the appellant's attempt to connect the accused to the evidence as to the stolen car and to the robbery and it deserved full attention in the charge to the jury. It is not contended that the explanation of the meaning and effect of s. 3(4) was in error, and the trial judge fairly presented to the jury the submissions of counsel for the respondents as to why the application of the subsection would not involve a finding of possession in the respondents.

In the result, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the verdict at trial.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: George L. Murray, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent, Lucien Raymond Moncini: Sidney B. Simons, Vancouver.*

A la lumière de ces énoncés sur ce que peut l'effet de la possession récente d'articles volés, non seulement en relation avec un vol des articles eux-mêmes, mais aussi en relation avec la preuve concernant la perpétration d'un autre crime, je ne crois pas que soit un motif valable de renverser la décision du jury le fait que le juge de première instance peut avoir insisté sur les exigences de l'art. 3, par. (4), quant à l'établissement de la possession des quatre articles qu'il a mentionnés. En l'espèce, tout comme dans le renvoi *Coffin*, on a recours à une règle relative à la possession de certains articles pour relier les accusés à des morceaux de preuve relativement à un crime ou leur possession n'est pas, autrement, un élément important. L'application de l'art. 3, par. (4), était un élément important lorsque l'appelante a tenté de rattacher l'accusé à la preuve concernant la voiture volée et le vol qualifié, et il y avait lieu d'y accorder une attention entière dans les directives du jury. Il n'est pas allégué que l'application donnée quant au sens et à l'effet de l'art. 3, par. (4), était erronée, et le juge de première instance a équitablement présenté au jury les prétentions de l'avocat des intimés faisant valoir pourquoi l'application du par. (4) ne saurait amener à conclure que les intimés étaient en possession.

En conséquence, je suis d'avis de faire droit à l'appel, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le verdict rendu en première instance.

*Appel accueilli.*

*Procureur de l'appelante: George L. Murray, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé, Lucien Raymond Moncini: Sidney B. Simons, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**William James Maroney** *Respondent.*

1974: April 29; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Judson, Spence, Pigeon and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal Law—Possession—Goods obtained by the commission of an indictable offence—Rights of holders of conditional sales agreements—Duty of Judge to direct jury on significance of "obtained"—Criminal Code, ss. 312(1)(a), 283(1).*

Respondent was convicted of possessing goods obtained by the commission of an indictable offence. The goods, T.V. and stereo sets subject to conditional sales agreements held by third parties, had been in a store operated by a business partnership but were found behind bales of hay in a truck owned by appellant. There was evidence that the goods had been removed from the store with the complicity of at least one of the partners in the business, that a window had been broken to give the appearance of a breaking and entering and that the partnership was on the verge of bankruptcy. The Court of Appeal felt that the trial judge had failed to direct the jury's attention to the defence that the Crown had not established that the goods were "obtained" by the commission of an indictable offence.

*Held*: the appeal should be allowed and the conviction affirmed.

The word "obtained" is not to be given too narrow a construction. The partnership was not the outright owner of the goods which were stolen when they were taken from the store. There was here a fraudulent conversion within the meaning of s. 283(1) of the *Criminal Code* as the holders of the conditional sales contracts owned, or at least had a special property or interest in, the goods.

*R. v. Misell* (1926), 19 Crim. App. R. 109 distinguished.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**William James Maroney** *Intimé.*

1974: le 29 avril; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Judson, Spence, Pigeon et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel—Possession—Marchandises obtenues par la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation—Droits de détenteurs de contrats de vente conditionnelle—Devoir du juge d'instruire le jury sur la signification de «obtenue»—Code criminel, art. 312(1)a), 283(1).*

L'intimé a été déclaré coupable de possession de marchandises obtenues par la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation. Les marchandises, des appareils de télévision et de stéréo assujettis à des contrats de vente conditionnelle détenus par des tiers, avaient été placées dans un magasin exploité par une société en nom collectif mais ont été trouvées derrière des balles de foin dans un camion appartenant à l'intimé. Il y avait preuve que les marchandises avaient été enlevées du magasin avec la complicité d'au moins un des associés dans la société, qu'une fenêtre avait été brisée pour donner l'apparence d'une effraction et que la société était sur le bord de la faillite. Selon la Cour d'appel, le juge de première instance a omis d'attirer l'attention des jurés sur la défense que le ministère public n'avait pas établi que les marchandises avaient été «obtenues» par la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être accueilli et la déclaration de culpabilité confirmée.

Le mot «obtenue» ne doit pas être interprété de façon trop étroite. La société n'était pas propriétaire sans réserve des marchandises qui ont été volées lorsqu'elles ont été enlevées du magasin. Il y a eu ici un détournement frauduleux au sens du par. (1) de l'art. 283 du *Code criminel* puisque les détenteurs des contrats de vente conditionnelle étaient les propriétaires des marchandises ou, au moins, y avaient un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial.

Distinction faite avec l'arrêt *R. v. Misell* (1926), 19 Crim. App. R. 109.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario quashing the conviction at trial by Scott, Co. Ct. J., with a jury, and ordering a new trial. Appeal allowed, conviction affirmed.

*C. Scullion*, for the appellant.

*R. Carter*, and *P. Forestell, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—The respondent in this appeal, William James Maroney, was convicted after trial before a judge and jury on the following count:

WILLIAM JAMES MARONEY on or about the 29th day of July, in the year 1971, at the City of St. Catharines in the Judicial District of Niagara North in the Province of Ontario, unlawfully did have in his possession a quantity of merchandise having a total value exceeding Fifty Dollars ($50.00) knowing it to have been obtained by the commission of an offence punishable by indictment contrary to section 312(1)(a) of the Criminal Code of Canada.

He was acquitted on two other counts.

Section 312(1)(*a*) reads:

312. (1) Every one commits an offence who has anything in his possession knowing that it was obtained

(*a*) by the commission in Canada of an offence punishable by indictment.

The merchandise referred to in the indictment consisted of 29 television and stereo sets which, on July 28, 1971, were on the premises of a partnership known as "House of Taylor", in the City of St. Catharines, and formed part of its stock. On the following day, July 29, 1971, the police found this merchandise in a truck owned by Maroney hidden behind bales of hay. The truck was parked on Maroney's parking lot. There was evidence before the jury that the sets had been removed from the premises of the House of Taylor during the night with the complicity of at least one of the partners of the business; that the business was on the verge of

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario infirmant la déclaration de culpabilité prononcée par le Juge Scott, juge de la cour de comté, siégeant avec un jury, et ordonnant un nouveau procès. Pourvoi accueilli, déclaration de culpabilité confirmée.

*C. Scullion*, pour l'appelante.

*R. Carter*, et *P. Forestell, c.r.*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—L'intimé en ce pourvoi, William James Maroney, a été trouvé coupable après un procès devant juge et jury sur le chef suivant:

[TRADUCTION] William James Maroney, le 29 juillet 1971 ou vers cette date, en la ville de St. Catharines dans le district judiciaire de Niagara North en la province d'Ontario, a illégalement eu en sa possession une certaine quantité de marchandises ayant une valeur totale dépassant cinquante dollars ($50) sachant qu'elles avaient été obtenues par la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation contrairement à l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 312 du Code criminel du Canada.

Il a été acquitté sur deux autres chefs.

L'al. *a*) du par. (1) de l'art. 312 se lit comme suit:

312. Commet une infraction, quiconque a en sa possession quelque chose, sachant que cette chose a été obtenue

*a*) par la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation.

Les marchandises mentionnées dans l'acte d'accusation consistaient en 29 appareils de télévision et de stéréo qui, le 28 juillet 1971, se trouvaient dans les locaux d'une société en nom collectif connue sous le nom de «House of Taylor», en la ville de St. Catharines, et faisaient partie des stocks de cette dernière. Le jour suivant, le 29 juillet 1971, la police a trouvé les marchandises dans un camion appartenant à Maroney qu'on avait caché derrière des balles de foin. Le camion était stationné sur le terrain de stationnement de Maroney. Il y avait preuve devant le jury que les appareils avaient été enlevés des locaux de la société House of

bankruptcy, and that a window had been broken to give the appearance of a breaking and entering. While on the premises the goods were lawfully in the possession of the partnership, having been delivered by the manufacturers or distributors. They were subject to conditional sales agreements held by third parties.

The Court of Appeal quashed the conviction and directed a new trial. Its reason for doing so is contained in the following paragraph:

> The main ground of appeal taken by counsel for the appellant is that there was evidence to support the theory of the defence that the owners of the goods in question were parties to the removal thereof from their store premises to the vehicle on the premises of the appellant where they were found. Hence, it was argued, it could not be contended that the Crown had established that the goods were "obtained" by the commission of an offence punishable by indictment even if it were to be assumed that the appellant was fully aware of the presence thereof in his van.
>
> The learned trial judge did not direct the jury's attention to this point or give them any instruction with relation thereto. This, it was contended, was non-direction amounting to mis-direction. In fairness to the learned trial judge it must be said that neither counsel raised this point during the course of the trial.

My opinion is that the Court of Appeal put too narrow a construction on the word "obtained" in s. 312(1)(*a*). It is obvious that in the first place, the partnership obtained possession of these goods legally by purchase under the conditional sales agreements, and while the goods were on the premises they were legally in possession of the partnership. The owners, however, were the holders of the conditional sales agreements. The partnership was not the owner except in a very limited sense. When these goods were removed from the premises with the connivance of one or both of the partners, they

Taylor pendant la nuit avec la complicité d'au moins un des associés de la société en nom collectif; que la société était sur le bord de la faillite, et qu'une fenêtre avait été brisée pour donner l'apparence d'une effraction. Dans ces locaux les marchandises s'étaient légalement trouvées en la possession de la société en nom collectif, ayant été livrées par les manufacturiers ou distributeurs. Elles étaient assujetties à des contrats de vente conditionnelle détenus par des tiers.

La Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité et prescrit un nouveau procès. La raison qu'elle a donnée pour ce faire est contenue dans l'alinéa suivant:

> [TRADUCTION] Le principal motif d'appel de l'avocat de l'appelant est qu'il y avait preuve étayant la théorie de la défense selon laquelle les propriétaires des marchandises en question étaient parties à l'enlèvement des marchandises des lieux de leur magasin jusqu'au véhicule dans lequel ces marchandises ont été trouvées sur le terrain de l'appelant. Ainsi, a-t-on fait valoir, on ne pouvait prétendre que le ministère public avait établi que les marchandises avaient été «obtenues» par la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation, même en tenant pour acquis que l'appelant était pleinement au courant de leur présence dans son camion.
>
> Le savant juge de première instance n'a pas attiré l'attention du jury sur ce point ou ne l'a pas instruit à cet égard. Cela, a-t-on prétendu, était une absence de directives qui était l'équivalent de directives fautives. En toute justice pour le savant juge de première instance il faut dire que ni l'un ni l'autre des avocats n'a soulevé ce point au cours du procès.

Mon avis est que la Cour d'appel a interprété de façon trop étroite le mot «obtenue» contenu dans l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 312. Il est évident que tout d'abord, la société en nom collectif a obtenu la possession de ces marchandises légalement par voie d'achat en vertu des contrats de vente conditionnelle, et que pendant que les marchandises étaient dans ses locaux elles étaient légalement en sa possession. Les propriétaires, cependant, étaient les détenteurs des contrats de vente conditionnelle. La société en nom collectif n'était pas propriétaire sauf dans un sens très restreint. Quand ces marchan-

were stolen when they crossed the threshold. There were two stages in the "obtaining", and the second stage constituted theft under s. 283(1) of the Code. Section 283(1)(*a*) reads:

283. (1) Every one commits theft who fraudulently and without colour of right takes, or fraudulently and without colour of right converts to his use or to the use of another person, anything whether animate or inanimate, with intent,

(*a*) to deprive, temporarily or absolutely, the owner of it or a person who has a special property or interest in it, of the thing or of his property or interest in it,

(*b*) to pledge it or deposit it as security,

(*c*) to part with it under a condition with respect to its return that the person who parts with it may be unable to perform, or

(*d*) to deal with it in such a manner that it cannot be restored in the condition in which it was at the time it was taken or converted.

On the facts of this case there was here a fraudulent conversion within the meaning of this section. The learned trial judge, in my opinion correctly instructed the jury on this point, telling them that the holders of the conditional sales agreements owned these goods or, at least, in accordance with the definition of theft, had a special property or interest in them.

The Court of Appeal was strongly influenced by a decision of the Court of Criminal Appeal in *Rex v. Misell*[1]. This was a decision on s. 33(1) of the English *Larceny Act*, 1916, 6 & 7 Geo. 5, c. 50. That section reads:

33.—(1) Every person who receives any property knowing the same to have been stolen or obtained in any way whatsoever under circumstances which amount to felony or misdemeanour, shall be guilty of an offence of the like degree (whether felony or misdemeanour) and on conviction thereof liable . . .

[1] (1926), 19 Crim. App. R. 109.

dises ont été enlevées des lieux avec la connivence d'un des associés ou des deux, elles ont été volées lorsqu'elles ont passé le seuil. Il y a eu deux stades dans l'«obtention», et le second stade a constitué un vol en vertu du par. (1) de l'art. 283 du Code. L'alinéa *a*) du par. (1) de l'art. 283 se lit comme suit:

283. (1) Commet un vol, quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée, avec l'intention

*a*) de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose,

*b*) de la mettre en gage ou de la déposer en garantie,

*c*) de s'en dessaisir à une condition, pour son retour, que celui qui s'en dessaisit peut être incapable de remplir, ou

*d*) d'agir à son égard de telle manière qu'il soit impossible de la remettre dans l'état où elle était au moment où elle a été prise ou détournée.

D'après les faits de l'affaire il y a eu ici un détournement frauduleux au sens de cet article. Le savant juge de première instance, à mon avis, a correctement instruit le jury sur ce point, lui disant que les détenteurs des contrats de vente conditionnelle étaient les propriétaires de ces marchandises ou, au moins, conformément à la définition du vol, y avaient un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial.

La Cour d'appel a été fortement influencée par une décision rendue par la Court of Criminal Appeal dans l'affaire *Rex v. Misell*[1]. Cette décision portait sur le par. (1) de l'art. 31 du *English Larceny Act*, 1916, 6 & 7 Geo. 5, c. 50. Cet article se lit:

[TRADUCTION] 33.— (1) Quiconque reçoit des biens sachant que ceux-ci ont été volés ou obtenus de quelque façon que ce soit dans des circonstances équivalant à félonie ou à *misdemeanour*, est coupable d'une infraction de même degré (qu'il s'agisse de félonie ou de *misdemeanour*) et passible sur déclaration de culpabilité . . .

[1] (1926), 19 Crim. App. R. 109.

The facts of that case are that goods were placed in the possession of a servant, who was a commercial traveller, for the purpose of sale. He sold them at a price much below their real value and kept the proceeds. The Court of Appeal held that "obtained" in s. 33(1) above quoted meant "obtained physically". What the Court really decided was that there was no larceny in the case.

We are not concerned with larceny here but with theft by conversion, as defined by the *Criminal Code* of Canada. Smith and Hogan, *Criminal Law*, 3rd. ed., p. 396, point out that the 1916 *Larceny Act* was often construed on the tacit assumption that there was no intention to alter the previous law and the earlier case law had lost little or no authority. We are concerned here with a Code. We start with the Code and not with the previous state of the law for the purpose of enquiring whether the Code has made any change. On the plain meaning of our Code the facts of this case show the commission of an indictable offence—theft. In my opinion, the goods were obtained by the commission of that offence.

I would allow the appeal and affirm the conviction.

*Appeal allowed, conviction affirmed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Robert J. Carter, Toronto.*

Les faits de cette affaire-là étaient que des marchandises avaient été placées en la possession d'un préposé, qui était un voyageur de commerce, en vue d'être vendues. Il les a vendues à un prix de beaucoup inférieur à leur vraie valeur et a gardé le produit de la vente. La Court of Appeal a statué que «obtenus» au par. (1) de l'art. 33 précité voulait dire «obtenus physiquement». Ce que la Cour a véritablement décidé c'est qu'il n'y avait pas eu *larceny* dans cette affaire-là.

Il ne s'agit pas de *larceny* ici mais de vol par détournement, tel que défini par le *Code criminel* du Canada. Smith et Hogan, *Criminal Law*, 3e éd., p. 396, signalent que le *Larceny Act* de 1916 a souvent été interprété suivant le postulat tacite qu'il n'y avait pas eu intention de modifier le droit antérieur et que la jurisprudence antérieure n'avait rien perdu de son autorité ou si peu. En l'espèce présente il s'agit d'un Code. Nous partons du Code et non de l'état antérieur du droit aux fins de rechercher si le Code a apporté un changement. D'après le sens clair de notre Code les faits de l'espèce présente montrent qu'il y a eu perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation—le vol. A mon avis, les marchandises ont été obtenues par la perpétration de cette infraction.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

*Appel accueilli, déclaration de culpabilité confirmée.*

*Procureurs de l'appelante: le Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Robert J. Carter, Toronto.*

**Peter Veinot** *(Plaintiff) Appellant*;

and

**Kerr-Addison Mines Limited** *(Defendant) Respondent.*

1974: January 24, 25; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Negligence—Occupier's liability—Snowmobiles—Injuries to Snowmobiler—concealed danger on private road—Duty of occupier to take reasonable care—Trespass—Implied licence.*

The plaintiff, an experienced snowmobiler, with his wife as passenger accompanied by another couple on a second snowmobile, was out for an evening of recreation. The group eventually came upon a wide, hard packed, well ploughed road on which they were travelling at between 15 and 20 m.p.h. when the plaintiff on the leading snowmobile struck a rusty pipe stretched across the road at face height and sustained very serious injuries. Both snowmobiles had headlights and the plaintiff's machine had spot fog lights to improve visibility.

The pipe was part of a gate, consisting of the pipe bar some 45 inches from the ground secured in 8 x 8 posts on either side of the roadway, erected in 1950 by the respondent company. The roadway led to a powder magazine and the gate was kept locked at all times.

There was evidence that there was a great deal of snowmobiling done in the area, much of it at night, after work, and that there were many tracks on the road leading to the ploughed road on which the accident occurred. The ploughed road seemed to be well travelled and looked like a public road.

The jury found that plaintiff was on defendant's land with implied permission, that the plaintiff's injuries were caused by a concealed or hidden danger or a trap of which defendant had knowledge, that defendant had failed to take reasonable care to avoid injury to persons traversing the area and that plaintiff did not fail to take reasonable care for his own safety. The trial judge dismissed a motion for a non-suit and held that the finding of the jury that plaintiff had

**Peter Veinot** *(Demandeur) Appelant*;

et

**Kerr-Addison Mines Limited** *(Défenderesse) Intimée.*

1974: les 24 et 25 janvier; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Négligence—Responsabilité d'occupant—Motoneige—Conducteur blessé—Danger dissimulé sur un chemin privé—Devoir de l'occupant d'apporter un soin raisonnable—Intrus—Autorisation implicite.*

Le demandeur, un conducteur expérimenté de motoneige, accompagné de sa femme comme passagère et d'un autre couple sur une seconde motoneige, était allé faire une randonnée en soirée. Le groupe arriva finalement à un large chemin bien tassé et déblayé sur lequel il voyageait à une vitesse de 15 à 20 milles à l'heure lorsque le demandeur, sur la motoneige de tête, frappa un tuyau rouillé, placé au travers de la route à hauteur de visage et subit des blessures très graves. Les deux motoneiges avaient des phares et le véhicule du demandeur avait des anti-brouillards pour accroître la visibilité.

Le tuyau faisait partie d'une barrière, constituée du tuyau de fer placé à quelque 45 pouces du sol fixé à deux poteaux de 8 par 8 de chaque côté du chemin privé, cette barrière ayant été érigée en 1950 par la compagnie intimée. Le chemin conduisait à une poudrière et la barrière était toujours cadenassée.

D'après la preuve, il y avait beaucoup de circulation par motoneige dans les environs, dont une bonne partie à la noirceur, après le travail, et il y avait nombre de traces de motoneige sur le sentier conduisant au chemin déblayé sur lequel l'accident s'est produit. Le chemin déblayé paraissait bien fréquenté et avait l'apparence d'un chemin public.

Le jury a conclu que le demandeur se trouvait sur le terrain de la défenderesse avec sa permission implicite, que les blessures du demandeur avaient été causées par un danger dissimulé ou caché ou un piège dont la défenderesse connaissait l'existence, que la défenderesse n'avait pas apporté un soin raisonnable en vue d'éviter que des personnes traversant les lieux soient blessées et que le demandeur n'avait pas omis d'apporter un soin raisonnable à sa propre sécurité.

implied permission to be on defendant's land could be substantiated on the evidence. The Court of Appeal reached the conclusion that there was no evidence of implied licence to support the finding of the jury on that point.

*Held* (Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting): The appeal should be allowed with costs.

*Per* Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ.: Whether or not there is implied permission to be on the defendant's land was a question of fact for the jury which was properly instructed and brought in a finding which should not be disturbed. The issue of the likelihood of the presence of persons being on the land and the weight of evidence of such likelihood was plainly one for the jury. Even if the appellant was a trespasser his appeal should succeed. His presence on the ploughed road could reasonably have been anticipated and the respondent owed him a duty to treat him with ordinary humanity. In permitting the continuance of what it should have recognized as a covert peril menacing the safety of anyone who came upon the road at night on a snowmobile the respondent failed in this duty.

*Per* Pigeon and Beetz JJ.: There was evidence to support the findings of the jury. We prefer to express no opinion on the other questions.

*Per* Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ., *dissenting: Robert Addie & Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*, [1929] A.C. 358, should not be followed since the duty owed by an occupier is broader than as defined in *Addie*. However the occupier does not owe to a trespasser as high a duty as that owed to persons lawfully on his land. The extension of the scope of the duty owed to a trespasser beyond the limits defined in *Addie* has permitted the elimination of the theory of implied licence, a legal fiction which should no longer be used to determine the rights of a trespasser as against an occupier. An occupier who knows of the existence of a danger upon his land, which he has created or for the continued existence of which he is responsible may owe a duty to persons coming on his land if he knows that there is a substantial chance of this. The duty is limited to a duty to warn. In the case of children something more may be required. The existence of a duty depends on the special circumstances of each case. The pipe which appellant struck and the gate of which it

Le juge de première instance a rejeté une motion de non-lieu et a statué que la conclusion du jury suivant laquelle le demandeur avait la permission implicite de la défenderesse pour être sur son terrain pouvait être étayée par la preuve. La Cour d'appel en est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas de preuve d'autorisation implicite pour étayer la conclusion du jury sur ce point.

*Arrêt* (les Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré dissidents): Le pourvoi doit être accueilli avec dépens.

*Le* Juge en chef Laskin et *les* Juges Spence et Dickson: La question de savoir s'il y avait ou s'il n'y avait pas de permission implicite d'être sur le terrain de la défenderesse était une question de fait sur laquelle le jury a été régulièrement instruit et dont il a tiré une conclusion qui ne devrait pas être infirmée. La question de la probabilité de la présence de personnes sur le terrain et du poids de la preuve relatif à cette probabilité était nettement une question du ressort du jury. Même si l'appelant était un *trespasser*, son appel devrait réussir. Sa présence sur le chemin déblayé était raisonnablement prévisible et l'intimée avait envers lui un devoir de le traiter avec l'humanité courante. En permettant la continuation de ce qu'elle aurait dû reconnaître comme un péril voilé, qui menaçait la sécurité de quiconque empruntait le chemin la nuit en motoneige, l'intimée a manqué à son devoir.

*Les* Juges Pigeon et Beetz: Il y avait preuve à l'appui du verdict du jury. Nous préférons ne pas nous prononcer sur les autres questions.

*Les* Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré, *dissidents*: L'arrêt *Robert Addie & Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*, [1929] A.C. 358, ne doit pas être suivi parce que le devoir d'un occupant est plus étendu que le devoir défini dans *Addie*. Cependant l'occupant n'a pas envers le *trespasser* un devoir aussi élevé que celui qui est dû aux personnes qui se trouvent licitement sur son bien-fonds. L'extension de la portée du devoir dû à un *trespasser* au-delà des limites définies dans *Addie* a permis l'élimination de la théorie d'autorisation implicite, une fiction légale qui ne devrait plus être employée pour déterminer les droits d'un *trespasser* vis-à-vis d'un occupant. Un occupant qui connaît l'existence sur son bien-fonds d'un danger qu'il a créé, ou de la continuation duquel il est responsable, peut avoir un devoir envers des personnes sur son terrain s'il sait qu'il y a de bonnes chances qu'elles y viennent. Le devoir est limité à un devoir d'avertissement. Dans le cas d'enfants quelque chose de plus peut être requis. L'existence d'un devoir dépend des circonstances spéciales de chaque

formed part had existed for twenty years and only became a danger because of the special use of respondent's land by appellant *viz.* the operation of a motor-driven vehicle at night at a speed of 15-20 m.p.h.

[*Southern Portland Cement Ltd. v. Cooper*, [1974] 1 All E.R. 87; *Robert Addie & Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*, [1929] A.C. 358; *Edwards v. Railway Executive*, [1952] A.C. 737; *Commissioner for Railways v. Quinlan*, [1964] A.C. 1054; *Commissioner for Railways (N.S.W.) v. Cardy* (1960), 104 C.L.R. 274; *Videan v. British Transport Commission*, [1963] 2 Q.B. 650; *Herrington v. British Railways Board*, [1972] A.C. 877; *Pannett v. McGuinness & Co. Ltd.*, [1972] 3 W.L.R. 387 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of Houlden J. with a jury. Appeal allowed with costs, judgment at trial restored, Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting.

*R. B. Tuer, Q.C.*, for the appellant.

*C. F. McKeon, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Chief Justice and Spence and Dickson JJ. was delivered by

DICKSON J.—This is an occupier's liability case. That branch of the law of negligence having to do with the duty owed to a visitor or an intruder by an owner or occupier of land has long been in an unsettled state, due in part to the Procrustean and often vain attempt in an infinite variety of fact situations to fit a plaintiff neatly into the category of invitee, licensee or trespasser and then allow category to be the conclusive determinant of landowner liability. It has not been found easy to reconcile the Victorian landowner's unbridled rights with the modern law of negligence. Nowhere are the uncertainties more apparent than when one comes to consider the position in law of a trespasser, one who enters the land of another without consent or privilege. Whether the entrant is a burglar or wandering child or irreproachable wayfarer, the general principles historically applied were those expressed in *Robert*

cas. Le tuyau que l'appelant a frappé et la barrière dont il faisait partie avaient été là pendant vingt ans et ne sont devenus un danger que du fait de l'usage spécial que l'appelant a fait du terrain de l'intimée, c.-à-d., y conduire un véhicule à moteur, la nuit, à une vitesse de quelque 15 à 20 milles à l'heure.

[Arrêts mentionnés: *Southern Portland Cement Ltd. v. Cooper*, [1974] 1 All E.R. 87; *Robert Addie & Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*, [1929] A.C. 358; *Edwards v. Railway Executive*, [1952] A.C. 737; *Commissioner for Railways v. Quinlan*, [1964] A.C. 1054; *Commissioner for Railways (N.S.W.) v. Cardy*, (1960) 104 C.L.R. 274; *Videan v. British Transport Commission*, [1963] 2 Q.B. 650; *Herrington v. British Railways Board*, [1972] A.C. 877; *Pannett v. McGuinness & Co. Ltd.*, [1972] 3 W.L.R. 387.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario accueillant un appel de jugement du Juge Houlden siégeant avec un jury. Pourvoi accueilli avec dépens, jugement de première instance rétabli, les Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré étant dissidents.

*R. B. Tuer, c.r.*, pour l'appelant.

*C. F. McKeon, c.r.*, pour l'intimée.

Le jugement du Juge en chef et des Juges Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON—L'affaire a trait à la responsabilité de l'occupant. Cette branche du droit de la négligence qui concerne le devoir du propriétaire ou de l'occupant d'un bien-fonds envers un visiteur ou un intrus est restée longtemps dans un état de confusion, en partie du fait de la tentative rigoriste et souvent vaine devant une variété infinie de situations de fait de classer proprement le demandeur dans la catégorie d'*invitee*, de *licensee* ou de *trespasser* et ensuite laisser la catégorie déterminer définitivement la responsabilité du propriétaire. Réconcilier les droits du propriétaire foncier de l'époque victorienne et le droit contemporain de la négligence ne s'est pas avéré chose facile. Nulle part les incertitudes ne sont-elles plus apparentes que dans l'examen de la position juridique du *trespasser*, celui qui pénètre sur le bien-fonds d'un autre sans consentement ni privilège. Que celui qui entre soit un cambrioleur,

*Addie & Sons (Collieries) v. Dumbreck*[1], by Lord Hailsham L.C. at p. 365:

Towards the trespasser the occupier has no duty to take reasonable care for his protection or even to protect him from concealed danger. The trespasser comes on to the premises at his own risk. An occupier is in such a case liable only where the injury is due to some wilful act involving something more than the absence of reasonable care. There must be some act done with the deliberate intention of doing harm to the trespasser, or at least some act done with reckless disregard of the presence of the trespasser.

These rules, of course, perpetuated the traditional nineteenth century concern for the sanctity of landed property. The general principle was that a landowner could do as he wished with his land. He owed no duty to an intruder, however accidental or inadvertent the intrusion, other than to refrain from shooting him or otherwise recklessly and wantonly doing him harm. The rigour of the rule is exemplified in such cases as *Edwards v. Railway Executive*[2]. As could be expected various inventions were employed from time to time to modify and ameliorate the harshness. In some of the cases the landowner's consent was implied or imputed, particularly in "children cases", the status of the intruder being elevated from that of trespasser, which he clearly was, to that of licensee, which he clearly was not. In other cases a generous meaning was given to the phrase "reckless disregard" or a tenuous distinction was drawn between land in a static condition and land upon which an operational activity was being conducted, productive of injury. In time, two distinct, not easy to reconcile, lines of jurisprudence emerged. One perpetuated the letter and spirit of *Addie's* case

[1] [1929] A.C. 358.
[2] [1952] A.C. 737.

un enfant aventureux ou un passant irréprochable, les principes généraux traditionnellement appliqués étaient ceux-là qui étaient exprimés dans l'arrêt *Robert Addie & Sons (Collieries) v. Dumbreck*[1], à la p. 365 de l'allocution du Lord chancelier Hailsham:

[TRADUCTION] Envers le *trespasser* l'occupant n'a aucun devoir d'user de soin raisonnable pour sa protection ou même de le protéger d'un danger caché. Le *trespasser* vient sur les lieux à ses propres risques. Un occupant ne peut être tenu responsable dans un tel cas que si les blessures sont dues à un acte volontaire comportant quelque chose de plus qu'une absence de soin raisonnable. Il faut qu'un acte ait été posé avec l'intention délibérée de faire du tort au *trespasser*, ou au moins qu'un acte ait été posé au mépris insousciant de la présence du *trespasser*.

Ces règles, bien entendu, perpétuaient la vénération traditionnelle du dix-neuvième siècle pour la propriété foncière. Le principe général était qu'un propriétaire foncier pouvait faire ce qu'il voulait avec son terrain. Il n'avait d'autre devoir envers un intrus, quelque accidentelle ou inconsciente qu'ait été l'intrusion, que se retenir de l'abattre ou s'abstenir de lui causer autrement du tort par insousciance et dérèglement. La rigueur de la règle est illustrée par des arrêts tels que l'arrêt *Edwards v. Railway Executive*[2]. Comme on pouvait s'y attendre, diverses inventions furent utilisées de temps à autre pour en modifier et atténuer le caractère draconien. Dans certains arrêts, particulièrement lorsqu'il était question d' «enfants», on a sous-entendu le consentement du propriétaire ou le lui a imputé, la position de l'intrus passant de celle de *trespasser*, ce qu'il était de toute évidence, à celle de *licensee*, ce qu'il n'était clairement pas. Dans d'autres arrêts on a interprété généreusement les termes «au mépris insousciant de» ou fait une distinction ténue entre un bien-fonds considéré comme statique et un bien-fonds sur lequel était menée une activité opérationnelle généra-

[1] [1929] A.C. 358.
[2] [1952] A.C. 737.

(*Commissioner for Railways v. Quinlan*[3] is an example). The other gave effect to changing ideas of social responsibility and imposed upon the owner of land duties well beyond those in contemplation in *Addie's* case. *Commissioner for Railways (N.S.W.) v. Cardy*[4] and *Videan v. British Transport Commission*[5], presaged the change which found expression in the leading case of *Herrington v. British Railways Board*[6]. That case was decided within the context of the *Occupiers' Liability Act, 1957* of England which imposed a "common duty of care" on occupiers towards all persons who might lawfully come on to their land, but left unaltered the existing law as to the trespassers. In *Herrington's* case their Lordships exhaustively considered the nature of the duty owed by occupiers to trespassers. Lord Reid applied a subjective test. He said (p. 899):

So it appears to me that an occupier's duty to trespassers must vary according to his knowledge, ability and resources. It has often been said that trespassers must take the land as they find it. I would rather say that they must take the occupier as they find him.

and later on the same page:

So the question whether an occupier is liable in respect of an accident to a trespasser on his land would depend on whether a conscientious humane man with his knowledge, skill and resources could reasonably have been expected to have done or refrained from doing before the accident something which would have avoided it. If he knew before the accident that there was a substantial probability that trespassers would come I think that most people would regard as culpable failure to give any thought to their safety. He might often reasonably think, weighing the seriousness of the danger and the degree

[3] [1964] A.C. 1054.
[4] (1960), 104 C.L.R. 274.
[5] [1963] 2 Q.B. 650.
[6] [1972] A.C. 877.

trice de blessures. A la longue, deux lignes de jurisprudence, distinctes et pas faciles à réconcilier, ont émergé. L'une perpétuait la lettre et l'esprit de l'affaire *Addie's (Commissioner for Railway v. Quinlan*[3], en est un exemple). L'autre a reflété les idées nouvelles sur la responsabilité sociale et imposé au propriétaire de bien-fonds des devoirs qui vont bien au-delà de ceux qui étaient envisagés dans l'arrêt *Addie's*. Les arrêts *Commissioner for Railway (N.S.W.) v. Cardy*[4], et *Videan v. British Transport Commission*[5], ont présagé le changement qui a trouvé son expression dans l'arrêt de principe *Herrington v. British Railways Board*[6]. L'affaire *Herrington* a été décidée dans le contexte du *Occupiers' Liability Act 1957* d'Angleterre, lequel imposait un «devoir ordinaire de prudence» aux occupants envers toute personne qui pourrait licitement pénétrer sur leur bien-fonds, mais laissait inchangé le droit existant concernant les *trespassers*. Leurs Seigneuries ont étudié de façon exhaustive la nature du devoir de l'occupant envers le *trespasser*. Lord Reid a appliqué un critère subjectif. Il a dit (p. 899):

[TRADUCTION] Ainsi il me paraît que le devoir envers les *trespassers* doit varier selon ses connaissances, capacités et ressources. On a souvent dit que les *trespassers* doivent prendre le bien-fonds tel qu'ils le trouvent. Je dirais plutôt qu'ils doivent prendre l'occupant tel qu'il est.

et plus loin dans la même page:

Pour déterminer si un occupant est responsable d'un accident que subit un *trespasser* sur son terrain, il faudra se demander si on pouvait raisonnablement s'attendre qu'un homme qui est humain, consciencieux, et qui possède les connaissances, compétences et ressources de l'occupant, fasse ou ne fasse pas avant l'accident quelque chose qui l'aurait évité. S'il savait avant l'accident qu'il y avait une probabilité substantielle que des *trespassers* viennent, je crois que la plupart des gens considéreraient l'abstention comme une omission coupable de prêter une attention quelconque à leur sécurité. Il se peut qu'il pourra

[3] [1964] A.C. 1054.
[4] (1960), 104 C.L.R. 274.
[5] [1963] 2 Q.B. 650.
[6] [1972] A.C. 877.

of likelihood of trespassers coming against the burden he would have to incur in preventing their entry or making his premises safe, or curtailing his own activities on his land, that he could not fairly be expected to do anything. But if he could at small trouble and expense take some effective action, again I think that most people would think it inhumane and culpable not to do that. If some such principle is adopted there will no longer be any need to strive to imply a fictitious licence.

The test of common humanity was also applied by Lord Morris of Borth-y-Gest (p. 909):

In my view, while it cannot be said that the railways board owed a common duty of care to the young boy in the present case they did owe to him at least the duty of acting with common humanity towards him.

The nature of the duty of care was described by Lord Wilberforce in these words (p. 920):

Again, it must be remembered that we are concerned with trespassers, and a compromise must be reached between the demands of humanity and the necessity to avoid placing undue burdens on occupiers. What is reasonable depends on the nature and degree of the danger. It also depends on the difficulty and expense of guarding against it. The law, in this context, takes account of the means and resources of the occupier or other person in control—what is reasonable for a railway company may be very unreasonable for a farmer, or (if this is relevant) a small contractor.

and by Lord Pearson in these words (p. 922):

It does not follow that the occupier never owes any duty to the trespasser. If the presence of the trespasser is known to or reasonably to be anticipated by the occupier, then the occupier has a duty to the trespasser, but it is a lower and less onerous duty than the one which the occupier owes to a lawful visitor. Very broadly stated, it is a duty to treat the trespasser with ordinary humanity.

*Herrington's* case was considered by the Court of Appeal of England in *Pannett v. McGuinness*

souvent raisonnablement penser, mesurant d'un côté la gravité du danger et la probabilité que des *trespassers* viennent et de l'autre le fardeau qu'il faudrait assumer pour les en empêcher ou faire en sorte qu'ils puissent venir sans danger, ou restreindre ses propres activités sur son terrain, qu'on ne pourrait équitablement s'attendre qu'il fasse quelque chose. Mais s'il peut sans trop d'inconvénients et à peu de frais prendre quelque mesure efficace, là encore je crois que la plupart des gens penseraient que ne pas la prendre serait inhumain et coupable. Si l'on adopte quelque principe semblable alors plus besoin de chercher à sous-entendre une autorisation fictive.

Le critère dit d'humanité courante a également été appliqué par Lord Morris de Borth-y-Gest (p. 909):

[TRADUCTION] A mon avis, bien qu'on ne puisse dire que le conseil des chemins de fer avait un devoir ordinaire de prudence envers le jeune garçon en l'espèce il lui devait au moins d'agir à son égard avec l'humanité courante.

La nature du devoir de prudence a été décrite par Lord Wilberforce dans les termes suivants (p. 920):

[TRADUCTION] Là encore, il faut se rappeler qu'il s'agit de *trespassers*, et qu'il faut concilier les exigences d'humanité avec la nécessité d'éviter de placer un fardeau excessif sur les occupants. Ce qui est raisonnable dépend de la nature, du degré du danger, et aussi de la difficulté et du coût de ce qu'il faut faire pour s'en prémunir. Le droit, dans ce contexte, tient compte des moyens et ressources de l'occupant ou de la personne qui a le contrôle des lieux, car ce qui est raisonnable pour une compagnie de chemin de fer peut ne pas l'être quand il s'agit d'un agriculteur ou (dans certains cas) d'un petit entrepreneur.

et décrite aussi par Lord Pearson dans les termes suivants (p. 922):

[TRADUCTION] Il ne s'ensuit pas que l'occupant n'a jamais de devoirs envers le *trespasser*. Si la présence du *trespasser* est connue de l'occupant ou raisonnablement prévisible par ce dernier, alors l'occupant a des devoirs envers le *trespasser*, mais ils ne sont pas du même ordre ni aussi onéreux que ceux que l'occupant a envers un visiteur licite. Énoncée de façon très générale, l'obligation de l'occupant est de traiter le *trespasser* avec l'humanité courante.

L'arrêt *Herrington* a été examiné par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Pannett v. McGuiness*

*& Co. Ltd.*[7]. The following excerpt from Lord Denning's judgment aptly expresses in my opinion the more salient points a judge should have in mind when considering intrusions upon land:

The long and short of it is that you have to take into account all the circumstances of the case and see then whether the occupier ought to have done more than he did. (1) You must apply your common sense. You must take into account the gravity and likelihood of the probable injury. Ultra-hazardous activities require a man to be ultra-cautious in carrying them out. The more dangerous the activity, the more he should take steps to see that no one is injured by it. (2) You must take into account also the character of the intrusion by the trespasser. A wandering child or a straying adult stands in a different position from a poacher or a burglar. You may expect a child when you may not expect a burglar. (3) You must also have regard to the nature of the place where the trespass occurs. An electrified railway line or a warehouse being demolished may require more precautions to be taken than a private house. (4) You must also take into account the knowledge which the defendant has, or ought to have, of the likelihood of trespassers being present. The more likely they are, the more precautions may have to be taken.

In the very recent case of *Southern Portland Cement Ltd. v. Cooper*[8], the Privy Council considered the duty owed to a trespasser. Their Lordships rejected the argument that an occupier only comes under a duty to potential trespassers if he estimates or ought to estimate that the arrival of one or more trespassers on his land is "extremely likely". In the course of his speech Lord Reid said: "But in their Lordship's judgement it is now necessary to . . . abandon the limitation of extreme likelihood" and later:

If the occupier creates the danger when he knows that there is a chance that trespassers will come that way and will not see or realize the danger he may have to do more. There may be difficult cases where the occupier will be hampered in the conduct of his own affairs if he has to take elaborate precautions. But in the present case it would have been easy to

[7] [1972] 3 W.L.R. 387.
[8] [1974] 1 All E.R. 87.

*& Co. Ltd.*[7]. L'extrait suivant exprime bien à mon avis les points saillants qu'un juge doit avoir à l'esprit lorsqu'il a à connaître d'un cas d'intrusion sur un bien-fonds:

[TRADUCTION] Pour tout dire, il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire et voir ensuite si l'occupant aurait dû faire plus qu'il n'a fait. (1) Il faut user de bon sens. Il faut considérer la gravité et la probabilité du préjudice susceptible de se produire. Les activités extraordinairement hasardeuses requièrent que l'on soit extraordinairement prudent. Plus l'activité est dangereuse, plus il faut s'assurer que personne n'ait à en souffrir. (2) Il faut tenir compte également du caractère de l'intrusion à laquelle se livre le *trespasser*. Un enfant aventureux ou un adulte qui s'est écarté de son chemin ne doivent pas être considérés de la même façon qu'un braconnier ou un cambrioleur. La présence d'un enfant peut ne pas surprendre mais celle d'un cambrioleur peut fort bien être inattendue. (3) Il faut également tenir compte de l'endroit de l'intrusion. Une ligne de chemin de fer électrique ou un entrepôt en démolition peuvent exiger plus ample précaution qu'une maison privée. (4) Il faut également considérer la connaissance que le défendeur a, ou devrait avoir, de la probabilité d'intrus illicites. Plus leur venue est probable, plus il faut prendre de précautions.

Dans l'arrêt très récent *Southern Portland Cement Ltd. v. Cooper*[8], le Conseil privé s'est penché sur le devoir envers un *trespasser*. Leurs Seigneuries ont rejeté l'argument qu'un occupant n'a de devoir envers des *trespassers* éventuels que s'il estime ou devrait estimer que l'arrivée sur son terrain d'un *trespasser* ou d'un certain nombre de *trespassers* est «extrêmement probable». Dans le cours de son allocution Lord Reid a dit: [TRADUCTION] «Mais selon leurs Seigneuries il est maintenant nécessaire . . . d'abandonner la restriction de probabilité extrême.» et plus loin:

Si l'occupant crée le danger alors qu'il sait qu'il y a une chance que des *trespassers* viennent et ne voient pas le danger ou ne s'en rendent pas compte, il se peut qu'il ait à faire davantage. Il peut y avoir des cas difficiles où l'occupant se trouverait gêné dans la conduite de ses propres affaires s'il avait à prendre des précautions minutieuses. Mais en l'espèce pré-

[7] [1972] 3 W.L.R. 387.
[8] [1974] All E.R. 87.

prevent the development of the dangerous situation which caused the plaintiff's injuries.

And so we come to the facts of the present case. There is no need to labour them. The plaintiff, thirty-seven years of age, and his wife, on one snowmobile, accompanied by another married couple on another snowmobile, set out from their home for an evening of healthful recreation through woods and across lakes of northern Ontario. They went along well-travelled snowmobile trails, from Larder Lake to Crosby Lake, along a creek to Beaver Lake, to Bear Lake, to a hydro right-of-way along which were many ski-doo trails, down an old logging road "which was well ski-doo packed", to a wide, hard-packed, well-ploughed road on which they travelled until the plaintiff, Mr. Veinot, on the leading snowmobile, struck a rusty pipe, stretched across the road, at face-height, and sustained very serious injuries. The accident occurred on March 16, 1970. Mr. Veinot had owned snowmobiles since 1966. He had been for three years the president of the Larder Lake Snowmobile Club, one of the purposes of which was to maintain law and control snowmobiles in the town of Larder Lake. The machine on which Mr. Veinot was riding, a Bombardier 640 Nordic, was not a racing machine. At the time of the accident, it was travelling at a moderate speed of 15 to 20 miles per hour. It was equipped with the ordinary snowmobile lights and also with spot fog lights to improve visibility. The jury found that Mr. Veinot did not fail to take reasonable care for his own safety.

The pipe which Mr. Veinot struck was two inches in diameter, supported by unpainted posts located off the road, and invisible at night due to the background of trees. The pipe had been erected some twenty years earlier to prevent the movement of unauthorized vehicular traffic to the defendant company's powder magazine not far from the community of Virginiatown. No point can be made of the fact that

sente il aurait été facile d'empêcher l'arrivée de la situation dangereuse qui a causé les blessures du demandeur.

Ce qui nous mène aux faits de l'espèce présente. Il n'est pas nécessaire de les citer en détail. Le demandeur, trente-sept ans, et son épouse, sur une motoneige, accompagnés d'un autre couple sur une autre motoneige, sont partis de leur demeure pour la soirée en vue de faire une randonnée au grand air à travers les bois et les lacs du nord de l'Ontario. Ils ont emprunté des pistes de motoneige bien employées, du lac Larder jusqu'au lac Crosby, le long d'un ruisseau jusqu'au lac Beaver, jusqu'au lac Bear, jusqu'à l'emprise d'un droit de passage réservé à l'Hydro le long duquel il y avait plusieurs pistes de motoneige, de là le long d'un vieux chemin forestier [TRADUCTION] «bien tassé par des motoneiges», jusqu'à un large chemin bien tassé et déblayé sur lequel ils ont fait route jusqu'à ce que le demandeur, M. Veinot, sur la motoneige de tête, frappe un tuyau rouillé, placé en travers de la route à hauteur de visage, et subisse du même coup des blessures très graves. L'accident s'est produit le 16 mars 1970. M. Veinot avait possédé des motoneiges depuis 1966. Durant trois ans il avait été président du club de motoneige de Larder Lake, dont une des raisons d'être était de faire respecter la loi et contrôler les motoneiges dans la ville de Larder Lake. Le véhicule que conduisait M. Veinot, un Bombardier 640 Nordic, n'était pas un véhicule de compétition. Au moment de l'accident, il allait à une vitesse modérée de 15 à 20 milles à l'heure. Il était équipé de l'éclairage habituel et aussi de projecteurs à brouillard pour accroître la visibilité. Le jury a conclu que M. Veinot n'avait pas manqué d'apporter un soin raisonnable à sa propre sécurité.

Le tuyau qu'a frappé M. Veinot avait un diamètre de deux pouces, se trouvait soutenu par deux poteaux non peints placés en bordure du chemin, et était invisible la nuit à cause de l'ombre projetée par les arbres. Le tuyau avait été monté quelque vingt ans auparavant afin d'empêcher des véhicules non autorisés de circuler jusqu'à la poudrière de la compagnie qui se trouvait pas très loin de la collectivité ayant

the pipe had been there for twenty years without accident for the type of accident which occurred in this case could only have occurred after the advent of snowmobiles.

From the evidence there seems no doubt that during the winter there was a great deal of travel on snowmobiles in and around Virginiatown. The two witnesses called on behalf of the defendant, the mine manager and the security officer, each had a machine. It also emerges that much of the snowmobiling was done at night, after work. The road on which the accident happened was an extension of one of the streets of Virginiatown, which had formerly been a company town. The street and road led to and across a north-south hydro right-of-way and then continued west to the magazine. The defendant company permitted snowmobile traffic along the road as far as the iron pipe. Such traffic normally then turned to the right and continued north along the right-of-way until the intersecting east-west hydro right-of-way was reached which in turn led west to the lakes across which Mr. Veinot and his party had travelled. Generally, as I have indicated, the main ski-doo traffic was east of the iron pipe, but the defendant's security officer conceded that on a very few occasions he had seen ski-doo tracks in the winter of 1969-70 on the powder magazine side of the pipe. He did not report these discoveries to the mine manager and he did nothing about it.

The evidence is undisputed that there were "a lot of snowmobile tracks" on the road leading south from the east-west hydro power line to the ploughed road on which the unfortunate accident occurred. The ploughed road "seemed to be well travelled"; looked like a public road; and had no markings to indicate that it was not a public road. Mr. Veinot had no idea he was on private property when he drove along the ploughed road and according to his evidence, which was not challenged, he would not have

nom de Virginiatown. On ne peut rien tirer du fait que le tuyau avait été là pendant vingt ans sans accident car le genre d'accident qui s'est produit en l'espèce n'aurait jamais pu se produire avant l'avènement de la motoneige.

D'après la preuve il ne semble y avoir aucun doute que durant l'hiver il y avait eu beaucoup de circulation par motoneige à Virginiatown et dans les environs. Les deux témoins appelés par la défenderesse, soit le gérant de la mine et l'agent de sécurité, avaient chacun une motoneige. La preuve révèle également que les motoneiges étaient utilisées la plupart du temps à la noirceur, après le travail. Le chemin sur lequel est arrivé l'accident était le prolongement de l'une des rues de Virginiatown, qui avait autrefois été une ville de compagnie. Le chemin qui prolongeait la rue atteint et traverse l'emprise d'un droit de passage nord-sud réservé à l'Hydro et se rend ensuite vers l'ouest jusqu'à la poudrière. La compagnie défenderesse permettait la circulation motoneigiste sur le chemin jusqu'au tuyau de fer. Les motoneiges tournaient donc à droite généralement et continuaient vers le nord le long du droit de passage jusqu'à l'intersection du droit de passage est-ouest de l'Hydro, lequel menait vers l'ouest jusqu'au lac qu'avaient traversé M. Veinot et ses compagnons. Habituellement, comme je l'ai indiqué, le gros de la circulation motoneigiste circulait à l'est du tuyau de fer, mais l'agent de sécurité de la défenderesse a concédé qu'en quelques occasions très peu fréquentes il avait vu des traces de motoneige sur le côté poudrière du tuyau au cours de l'hiver 1969-70. Il n'a pas signalé cela au gérant de la mine et n'a rien fait.

La preuve n'est pas controversée au sujet de la présence de [TRADUCTION] «nombre de traces de motoneige» sur le chemin qui à partir de la ligne de transmission est-ouest de l'Hydro allait vers le sud jusqu'au chemin déblayé sur lequel le malheureux accident s'est produit. Le chemin déblayé «paraissait bien emprunté»; avait l'apparence d'un chemin public; et n'avait pas de signaux indiquant que ce n'était pas un chemin public. M. Veinot ignorait complètement qu'il était sur une propriété privée au moment où il

continued along it if he had known it was private property. Upon all of the evidence and following a charge by the trial judge to which no objection has been, or could be, taken, the jury made certain findings: (1) That Mr. Veinot on the date of the accident was on defendant's land with the implied permission of the defendant; (2) That his injuries were caused by a concealed or hidden danger or a trap of which the defendant had knowledge, described by the jury in its answers as "a rusty pipe approximately 2" in diameter suspended across the travelled portion of the road at a height of approximately 45 inches from the road"; (3) The defendant failed to take reasonable care to avoid injury to persons traversing the area, there being no distinguishing warnings of the location of the pipe across the roadway from either the east or west approach to the pipe or on the pipe itself; (4) The finding to which I have already referred, that plaintiff did not fail to take reasonable care for his own safety. At the close of the evidence presented by the plaintiff a motion was made for a non-suit. The motion was renewed after the evidence for the defendant had been heard and again after the answers of the jury were received. The trial judge, Houlden J., dismissed the motion. He held that the finding of the jury that there was implied permission for the plaintiff to be on the land of the defendant could be substantiated on the evidence. The judge said:

The defendant knew that a number of old roads intersected its property. One of these roads was an old logging road coming from the north and this was the road which was followed by the plaintiff and his party on the night in question. There is no evidence that the defendant made any endeavour to close off this road. It knew of the existence of the road. It knew that it was possible for the road to be travelled by a truck for about a mile from the premises of the

faisait route sur le chemin déblayé et selon son témoignage, qui n'a pas été contesté, il n'aurait pas continué sur cette route s'il avait su que c'était une propriété privée. D'après l'ensemble de la preuve et à la suite d'un exposé dans lequel le juge de première instance a donné au jury ses directives, exposé contre lequel aucune objection n'a été, ou ne pouvait être, soulevée, le jury a tiré certaines conclusions: (1) Que M. Veinot à la date de l'accident se trouvait sur le terrain de la défenderesse avec la permission implicite de la défenderesse; (2) Que ses blessures ont été causées par un danger dissimulé ou caché ou un piège dont la défenderesse connaissait l'existence et qui est décrit par le jury dans ses réponses comme étant [TRADUCTION] «un tuyau rouillé d'environ 2 pouces de diamètre suspendu en travers de la partie carossable du chemin à une hauteur d'environ 45 pouces au-dessus du sol»; (3) la défenderesse n'a pas apporté un soin raisonnable en vue d'éviter que des personnes traversant les lieux soient blessées, les circonstances révélant une absence d'avertissement distinctif de la présence du tuyau en travers du chemin que ce soit aux approches est ou aux approches ouest du tuyau ou sur le tuyau lui-même; (4) La conclusion dont j'ai déjà fait mention, savoir, que le demandeur n'a pas omis d'apporter le soin raisonnable à sa propre sécurité. A la clôture de la preuve du demandeur une motion de non-lieu a été faite. La motion a été renouvelée après la preuve de la défenderesse et derechef après la réception des réponses du jury. Le juge de première instance, le Juge Houlden, a rejeté la motion. Il a statué que la conclusion du jury suivant laquelle il y avait permission implicite accordée au demandeur pour pénétrer sur le terrain de la défenderesse pouvait être étayée par la preuve. Le juge a dit:

[TRADUCTION] La défenderesse savait qu'un certain nombre de vieux chemins traversaient sa propriété. Un de ces chemins était un vieux chemin forestier venant du nord et c'est le chemin qu'ont emprunté le demandeur et ses compagnons le soir en question. Il n'y a aucune preuve selon laquelle la défenderesse a fait des tentatives de fermer ce chemin. Elle connaissait l'existence du chemin. Elle savait qu'il était possible pour un camion d'emprunter

defendant, but nothing was done to close it off. According to the evidence which has been given to the Court, this road was being used, and used frequently, by owners of snowmobiles. This old road led directly to the ploughed road of the defendant.

In my opinion, it was a most reasonable assumption for the plaintiff and the other members of his party, when they came to this ploughed road, to assume that it was an ordinary road available for travel by the public. The evidence is that the ploughed road was well travelled and, as I have said, I think that there was ample evidence for the jury to find that there was implied permission for the plaintiff to be on the defendant's land.

Whether or not there was an implied permission was a question of fact for the jury. The jury was properly instructed on the law and brought in its finding. I do not think that finding should be disturbed.

The Court of Appeal for Ontario, if it had been necessary to decide the point, would not have interfered with the jury finding that the pipe constituted a concealed danger. On the other point, that of whether or not there was an implied licence, Arnup J.A., for the Court, said:

Whether the test of the extent of knowledge on the part of the occupier which is required before an inference of implied license can be drawn is that the presence of trespassers was "likely", "extremely likely", "a substantial probability" or "as good as known", the evidence in this case falls far short of what is required.

With greatest respect, I think the issue of likelihood, and the weight of evidence on this issue, was plainly one for the jury, and having referred the question to the jury, the answer of that body should have been accepted and that would have been the end of the matter.

Even if Mr. Veinot is regarded as a trespasser his appeal to this Court should succeed. If he was a trespasser, the enquiry must be as to whether his presence on the ploughed road could reasonably have been anticipated for, if

le chemin sur une distance d'un mille à partir des lieux occupés par la défenderesse mais elle n'a rien fait pour fermer le chemin. D'après la preuve qui a été soumise au tribunal, ce chemin était utilisé, et fréquemment, par des propriétaires de motoneiges. Ce vieux chemin menait directement au chemin déblayé de la défenderesse.

A mon avis, il était de plus raisonnable pour le demandeur et les autres membres de son groupe, lorsqu'ils ont débouché sur ce chemin déblayé, de présumer que c'était un chemin ordinaire ouvert au public. La preuve laisse voir que le chemin déblayé est un chemin bien emprunté et, comme je l'ai dit, je pense qu'il y a abondance de preuve sur laquelle le jury pouvait conclure qu'il y avait permission implicite que le demandeur se trouve sur le terrain de la défenderesse.

La question de savoir s'il y avait ou s'il n'y avait pas de permission implicite était une question de fait qui était du ressort du jury. Le jury a été régulièrement instruit du droit et il a tiré une conclusion. Je ne pense pas que cette conclusion devrait être infirmée.

La Cour d'appel de l'Ontario, s'il avait été nécessaire de décider le point, n'aurait pas modifié la conclusion du jury selon laquelle le tuyau constituait un danger caché. Sur l'autre point, soit la question de savoir s'il y avait ou s'il n'y avait pas une autorisation implicite, le Juge d'appel Arnup, pour la Cour, a dit:

[TRADUCTION] Que le critère par lequel on détermine ce degré de connaissance que doit avoir l'occupant pour qu'on puisse conclure qu'il y avait autorisation implicite soit que la présence de *trespassers* était «probable», «extrêmement probable», «une probabilité substantielle» ou «tout comme connue», la preuve en l'espèce est bien en-deçà de ce qui est requis.

Avec grand respect, je pense que la question de la probabilité, et du poids de la preuve quant à cette question-là, était nettement du ressort du jury, et qu'une fois la question soumise au jury la réponse de ce dernier devait être acceptée et acceptée comme finale.

Même si M. Veinot est considéré comme un *trespasser*, son appel à cette Cour doit réussir. S'il était un *trespasser*, la question qu'on doit se poser est de savoir si sa présence sur le chemin déblayé était raisonnablement prévisible car, si

so, the company owed him a duty and that duty was to treat him with ordinary humanity.

Although as a general rule a person is not bound to anticipate the presence of intruders on private property or to guard them from injury, a duty may arise if the owner of land knew of, or from all the surrounding circumstances ought reasonably to have foreseen, the presence of a trespasser. It appears to me that a person of good sense in the position of the defendant company, possessing the knowledge which its responsible officers possessed about snowmobiles and the degree of snowmobile travel in the area, the proclivity for travel by night, the ease by which the ploughed road could be reached by the several old roads leading on to it would have been alerted, on a moment's reflection, to the probability of someone reaching the ploughed road as Mr. Veinot did. Stress was laid during argument upon the fact that the plaintiff came in by way of the back door, as it were, and that such avenue of approach could not reasonably have been anticipated. I do not agree. Snowmobiles are ubiquitous. They have an unusual and well-known capacity for travel on and off the beaten path. In an uncharted Canadian wilderness area, of forest, rivers and lakes, one could reasonably expect them to go in almost any direction, at least until such time as they reached indicia of private property. If there was a likelihood that someone would come upon the ploughed road on a snowmobile at night, and the evidence in my view supports such a likelihood, then I do not think there can be doubt that the company failed in the duty it owed Mr. Veinot to treat him with common humanity. The ploughed road gave every appearance of being a public road. Mr. Veinot had good reason to believe that he might freely use it if he wished to do so. Acting on that belief he failed to see or appreciate the abeyant danger of the rusty pipe. The defendant company in my opinion erred in permitting the continuance of what should have been recognized by it as a covert peril, menacing the safety of anyone who came upon the road at night on a snowmobile. And it would have been so easy to have averted the accident,

c'était le cas, la compagnie avait envers lui un devoir qui était celui de le traiter avec l'humanité courante.

Bien que règle générale une personne ne soit pas tenue de prévoir la présence d'intrus sur une propriété privée ou de protéger ceux-ci de blessures éventuelles, un devoir peut naître si le propriétaire du bien-fonds connaissait, ou d'après toutes les circonstances aurait dû raisonnablement avoir prévu, la présence d'un *trespasser*. Il me paraît qu'une personne de bon sens placée dans la position de la compagnie défenderesse, possédant la connaissance que ses agents responsables possédaient au sujet des motoneiges et de l'importance de la circulation motoneigiste dans le secteur, de la tendance à circuler la nuit, de la facilité avec laquelle on pouvait rejoindre le chemin déblayé par plusieurs vieux chemins qui débouchaient sur celui-ci, aurait été mise en alerte, après un moment de réflexion, quant à la probabilité que quelqu'un rejoigne le chemin déblayé comme M. Veinot l'a fait. Durant les plaidoiries, on a insisté sur le fait que le demandeur était venu par la porte d'en arrière, si l'on peut dire, et que cette façon d'approcher ne pouvait raisonnablement être prévue. Je ne suis pas d'accord. Les motoneiges vont partout. Elles sont singulièrement adaptées, c'est bien connu, pour s'écarter des sentiers battus. Dans un secteur inexploré de la brousse canadienne, peuplé de forêts, de rivières et de lacs, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'elles aillent presque partout, à tout le moins jusqu'à ce qu'apparaissent des indices de propriété privée. S'il y avait une probabilité que quelqu'un vienne en motoneige sur le chemin déblayé la nuit, et la preuve à mon avis étaye l'existence d'une telle probabilité, alors je ne pense pas qu'il y ait de doute que la compagnie a manqué au devoir qu'elle avait de traiter M. Veinot avec l'humanité courante. Le chemin déblayé avait toute l'apparence d'un chemin public. M. Veinot avait de bonnes raisons de croire qu'il pouvait librement l'utiliser s'il le voulait. Fort de cette croyance il n'a pas vu ou compris le danger qu'était le tuyau rouillé. La compagnie défenderesse à mon avis a fait erreur en permettant la continuation de ce

by painting the pipe white or by hanging a cloth or a sign from it.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge with costs throughout.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—This appeal is from a judgment of the Court of Appeal for Ontario, which allowed the appeal of the present respondent (hereinafter referred to as "the company") from the judgment at trial, pronounced upon the answers to questions put to a jury, which awarded to the appellant, Peter Veinot (hereinafter referred to as "Veinot"), damages in the amount of $29,537 for personal injuries which he had suffered.

The Company operates a mine in the area of Virginiatown and in 1950 acquired the surface rights to a parcel known as Mining Claim L25195 for the purpose of storing its high explosives. It used the property for such purpose steadily until June of 1970 when the magazines were moved from the property into the mine complex itself as a result of a requirement that high explosives be guarded. In the year 1950, when the first magazine was built, a gate was erected consisting of a 2 inch diameter pipe bar, placed some 45 inches from the ground, supported on two "U" bolts inserted in 8 x 8 posts on either side of the private road, which led west from the gate to the powder magazine, with a chain on the pipe so that it could be padlocked. The Company kept the gate locked at all times.

qu'elle aurait dû reconnaître comme un péril voilé, qui menaçait la sécurité de quiconque emprunterait le chemin la nuit en motoneige. Et ç'aurait été si facile de prévenir l'accident en recouvrant le tuyau d'une peinture blanche ou en y pendant un morceau de toile ou un écriteau.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge de première instance avec dépens dans toutes les cours.

Le jugement des Juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*Dissident*)—L'appel est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli l'appel que celle qui est en cette Cour l'intimé (ci-après appelée «la Compagnie») avait interjeté à l'encontre du jugement de première instance, prononcé sur les réponses à des questions soumises à un jury qui a accordé à l'appelant Peter Veinot (ci-après appelé «Veinot») des dommages-intérêts de $29,537 pour des blessures subies par ce dernier.

La Compagnie exploite une mine dans le secteur de Virginiatown et en 1950 elle a acquis les droits superficiaires afférents à un terrain connu comme le Claim minier L25195 aux fins d'y stocker ses explosifs de rupture. Elle a utilisé la propriété à cette fin de façon constante jusqu'en juin 1970, date à laquelle elle a enlevé ses stocks afin d'établir ses magasins d'explosifs dans l'ensemble minier lui-même suite à une exigence suivant laquelle des explosifs de rupture devaient être tenus sous garde. Dans l'année 1950, lorsque le premier magasin a été construit, une barrière a été érigée; elle était constituée d'un tuyau de fer de 2 pouces de diamètre qui était placé à quelque 45 pouces du sol et supporté par deux étriers introduits dans des poteaux de 8 par 8 de chaque côté du chemin privé, lequel à partir de cet endroit se rend vers l'ouest jusqu'à la poudrière. On avait placé une chaîne sur le tuyau afin de pouvoir le cadenasser. La Compagnie a toujours laissé la barrière sous cadenas.

The Company had allowed only two people, other than Company employees, to have access to its property. One of these, Mr. Jim Youni, was given access for logging purposes at some time in the past. Mr. Youni had used the private road with permission and had been in possession of a key to the gate. A Mr. Campbell had been allowed to use the private road for prospecting purposes and he had been required by the Company to leave his truck inside the gate for the duration of this operation.

The only access for traffic to the powder magazine property was by the private road. This road came to a dead end at the powder magazines and from this point there were three old logging roads branching off, which were impassable or almost impassable. A short distance to the east of the site of the powder magazines there was an old logging road extending to the north of the private road, which was passable by truck, with difficulty, for approximately a mile.

The Company caused a "Danger-Explosives in the Area" sign to be placed inside the gate on the north side of the private road and "Danger-Explosives, No Trespassing" signs at the powder magazines.

To the east of the gate the Company's private road runs to Virginiatown. Proceeding from Virginiatown to the gate, the road commences from 28th Avenue, which is situated in the north-west portion of the townsite running east and west. The private road, which is owned and maintained by the Company, runs west from 28th Avenue for about 1,000 feet and then swings slightly toward the north for about 200 feet. It then reaches a right-of-way of the Hydro-Electric Power Commission of Ontario, which runs north and south. The private road crosses the right-of-way, diagonally, toward the north-west, and then runs toward the west. From the westerly boundary of the Hydro right-of-way the road runs for some 1,100 feet to the powder magazine area. The gate on the road is located where the private road leaves that boundary.

La Compagnie n'avait permis l'accès qu'à deux personnes, à part ses employés. L'une d'elles, M. Jim Youni, avait pu passer à une certain époque, pour des raisons d'exploitation forestière. M. Youni avait utilisé le chemin privé avec permission et il avait eu en sa possession une clef pour la barrière. Un nommé Campbell avait eu l'autorisation d'utiliser le chemin privé pour faire de la prospection et la Compagnie avait exigé qu'il laisse son camion à l'intérieur de la barrière pendant la durée de son travail.

La circulation ne pouvait accéder à la propriété sur laquelle se trouvait la poudrière que par le chemin privé. Ce chemin arrivait à un cul-de-sac à la poudrière, point sur lequel s'embranchaient trois vieux chemins forestiers qui étaient peu ou pas praticables. A une courte distance à l'est de l'emplacement de la poudrière il y avait un vieux chemin forestier allant au nord du chemin privé, et sur lequel on pouvait passer en camion, avec difficulté, pour environ un mille.

La Compagnie avait fait placer un panneau portant les mots «Danger—Explosifs dans le secteur» à l'intérieur de la barrière du côté nord du chemin privé et à la poudrière elle avait placé des écriteaux «Danger—Explosifs, défense de passer».

A l'est de la barrière le chemin privé de la Compagnie se rend à Virginiatown. Partant de Virginiatown pour se rendre à la barrière, le chemin commence à partir de la 28e avenue, laquelle est une rue orientée est-ouest située dans la partie nord-ouest de la ville. Le chemin privé, qui appartient à la Compagnie et est entretenu par elle, va vers l'ouest à partir de la 28e avenue pour environ 1,000 pieds et ensuite vire légèrement vers le nord pour environ 200 pieds. Il atteint ensuite l'emprise d'un droit de passage de la Commission Hydro-Électrique de l'Ontario, orientée nord-sud. Le chemin privé traverse le droit de passage en diagonale vers le nord-ouest et ensuite se dirige vers l'ouest. Si l'on part de la limite ouest du droit de passage de l'Hydro, on atteint les environs de la poudrière après 1,100 pieds de chemin. La barrière sur le chemin se trouve là où le chemin privé laisse cette limite.

Some distance north of the private road there is another Hydro right-of-way, which intersects the north-south Hydro line. The old logging trail, which extends north from the private road near the powder magazine area, reaches to the east-west Hydro line.

On the night of March 17, 1970, Veinot was driving his snowmobile, accompanied by his wife, as a passenger. They were accompanied by a friend and his wife on their own snowmobile. Both machines had headlights. The journey commenced at Larder Lake, where Veinot has lived for some 32 years, and which is some 6 or 7 miles, as the crow flies, south-west of Virginiatown. They drove out on to the bay adjacent to Larder Lake, returned to the land and continued north-easterly for about 5¾ miles and then northerly for 7 or 8 miles. They then returned southerly and at Crosby Lake turned south-easterly, traversing Beaver Lake, crossing the Ontario Northland Railway right-of-way and then turning more easterly, crossed Bear Lake and, at its eastern end, followed the east-west Hydro right-of-way until they came to the logging road.

Veinot was not sure where he was at that point, but travelled down this road until he came to the private roadway of the Company at the point somewhat easterly of the explosive storage locations. Veinot said that this road, *i.e.*, the old logging road, had a lot of snowmobile tracks on it and was hard packed from previous use. He then continued easterly on the private road and, while driving at about 15 to 20 miles per hour, his head hit the pipe and he sustained serious injuries. His wife and the occupants of the other snowmobile were able to avoid injury.

The case was tried prior to the judgment of the House of Lords in *British Railways Board v.*

A quelque distance au nord du chemin privé il y a un autre droit de passage de l'Hydro, qui croise la ligne nord-sud de l'Hydro. Le vieux chemin forestier, qui va vers le nord, à partir du chemin privé près des lieux de la poudrière, se rend jusqu'à la ligne est-ouest de l'Hydro.

Le soir du 17 mars 1970, Veinot conduisait sa motoneige, accompagné de sa femme qui était passagère. Ils étaient accompagnés d'un ami et de l'épouse de celui-ci qui avaient leur propre motoneige. Les deux véhicules avaient des phares. Le voyage a commencé à Larder Lake, où Veinot vivait depuis quelque 32 ans, et qui est situé à quelque 6 ou 7 milles, à vol d'oiseau, au sud-ouest de Virginiatown. Ils ont fait route jusque sur la baie qui est adjacente au lac Larder, sont retournés sur la terre ferme et ont continué dans une direction nord-est pour environ 5¾ milles et ensuite en direction nord pour 7 ou 8 milles. Ils sont ensuite retournés vers le sud et, au lac Crosby, ont tourné vers le sud-est, traversant le lac Beaver, traversant l'emprise du droit de passage du chemin de fer de l'Ontario Northland Railway, et, tournant ensuite plus à l'est, ont traversé le lac Bear et, à la pointe est de celui-ci, suivi l'emprise du droit de passage est-ouest de l'Hydro jusqu'à ce qu'ils arrivent au chemin forestier.

Arrivé là, Veinot ne savait pas très bien où il se trouvait, mais il s'est engagé sur ce chemin jusqu'à ce qu'il arrive au chemin privé de la Compagnie au point qui est situé quelque peu à l'est des emplacements de stockage d'explosifs. Veinot dit que ce chemin, c.-à-d., le vieux chemin forestier, portait de nombreuses traces de motoneige et était tassé dur par suite de l'usage qui en avait été fait. Il a ensuite continué vers l'est sur le chemin privé et, alors qu'il allait à environ 15 ou 20 milles à l'heure, sa tête a frappé le tuyau et il a subi des blessures graves. Son épouse et les occupants de l'autre motoneige s'en sont tirés indemnes.

Le procès en l'espèce a eu lieu avant que ne soit rendu l'arrêt de la Chambre des Lords dans

*Herrington*[9]. It went to the jury on the basis that the Company's liability was dependent upon Veinot establishing that he was on the Company's land with the implied permission of the Company.

The questions put to the jury and their answers were as follows:

1. Was the plaintiff on the date of the accident on the land of the defendant with the implied permission of the defendant?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is "yes", were the plaintiff's injuries caused by a concealed or hidden danger or by a trap of which the defendant had knowledge?

Answer: Yes.

3. If your answer to question 2 is "yes", what was the concealed or hidden danger or trap? Please specify in detail.

Answer: It was a rusty pipe approximately 2" in diameter suspended across the travelled portion of the road at a height of approx. 45 inches from the road.

4. If your answers to questions 1 and 2 are "yes", then did the defendant fail to take reasonable care to avoid injury to such person traversing that area?

Answer: Yes.

If your answer is "yes", please specify in detail.

There were no distinguishing warnings of the location of the pipe across the roadway from either the east or west approach to the pipe or on the pipe itself.

5. If your answers to questions 1 and 2 are "yes", did the plaintiff fail to take reasonable care for his own safety?

Answer: No.

The Court of Appeal reached the conclusion that there was no evidence of implied licence which could support the finding of the jury on that point.

On this issue, the mine manager of the Company testified that he had no knowledge or

[9] [1972] A.C. 877.

l'affaire *British Railways Board v. Herrington*[9]. La cause fut soumise au jury en prenant comme base que pour que la Compagnie soit responsable il fallait que Veinot établisse qu'il était sur le terrain de la Compagnie avec la permission implicite de la Compagnie.

Les questions soumises au jury et les réponses qui furent données se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 1. Le demandeur se trouvait-il à la date de l'accident sur le terrain de la défenderesse avec la permission implicite de la défenderesse?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est "oui", les blessures du demandeur ont-elles été causées par un danger dissimulé ou caché ou par un piège dont la défenderesse avait connaissance?

Réponse: Oui.

3. Si la réponse à la question 2 est "oui", quel était ce danger dissimulé ou caché ou ce piège? Veuillez spécifier en détail.

Réponse: C'était un tuyau rouillé et d'environ 2 pouces de diamètre suspendu en travers de la portion carossable du chemin à une hauteur d'env. 45 pouces au-dessus du chemin.

4. Si vos réponses aux questions 1 et 2 sont "oui", alors la défenderesse a-t-elle omis d'apporter un soin raisonnable pour éviter que les personnes traversant ces lieux ne soient blessées?

Réponse: Oui.

Si votre réponse est "oui", veuillez spécifier en détail.

Il n'y avait pas d'avertissement distinctif de l'emplacement du tuyau en travers du chemin que ce soit sur les approches est ou sur les approches ouest du tuyau ou sur le tuyau lui-même.

5. Si vos réponses aux questions 1 et 2 sont "oui", le demandeur a-t-il omis d'apporter un soin raisonnable à sa propre sécurité?

Réponse: Non.

La Cour d'appel a tiré la conclusion qu'il n'y avait aucune preuve d'autorisation implicite pour étayer la conclusion du jury sur ce point.

Sur cette question, le gérant de la mine de la Compagnie a témoigné qu'il n'avait eu aucune

[9] [1972] A.C. 877.

information of snowmobiles coming down and going across any part of the powder magazine property. He was aware of the use for snowmobiles of the road from Virginiatown to the north-south Hydro right-of-way and thence, via the east-west Hydro right-of-way, to Bear Lake.

The chief security officer of the Company testified that he visited the powder magazine area on an average of once or twice a week. He would unlock the gate and proceed to the powder magazine. He had never seen anyone on the site other than mining personnel. In the winter of 1969-70 he had seen, on a very few occasions, snowmobile tracks just west of the gate. He had seen none near the powder magazine. He did not report the presence of these tracks to the mine manager. He did not do anything about them because, as he said, it would have been necessary to post a guard to prevent entry or to catch somebody who was there.

On the issue of implied licence, Arnup J.A., who delivered the judgment of the Court, makes the following comments:

After careful consideration of the entire transcript it is my view that there was no evidence of implied license to go to the jury. There was a good deal of evidence that snowmobilers had been using the defendant's private road to go westerly from the North Virginiatown townsite to the north-south Hydro right-of-way, and thence along that right-of-way in both directions. However, as noted earlier, the only evidence of knowledge on the part of servants of the defendant of any use of the roadway *west* of the Hydro right-of-way is that on "very few occasions" in that same winter, the security officer had seen snowmobile tracks a short distance west of the gate in question.

. . .

In my view there was a physical separation, by the north-south Hydro line itself, of the two parts of the private roadway, even without regard to the gate across the roadway at the west limit of the Hydro right-of-way. I do not think that knowledge of user of the private roadway in that portion lying east of the

connaissance ou notification de la venue de motoneiges sur les lieux et en travers de la propriété sur laquelle se trouvait la poudrière. Il savait que des motoneiges utilisaient le chemin de Virginiatown au droit de passage nord-sud de l'Hydro et de là se rendaient, par le droit de passage est-ouest de l'Hydro, jusqu'au lac Bear.

Le principal agent de sécurité de la Compagnie a témoigné qu'il visitait le secteur de la poudrière une ou deux fois la semaine en moyenne. Arrivé sur les lieux, il avait l'habitude de décadenasser la barrière et de se rendre jusqu'à la poudrière. Il n'avait jamais vu personne sur l'emplacement à part des employés de la mine. Durant l'hiver de 1969-70, il avait vu, en quelque rares occasions, des traces de motoneige juste à l'ouest de la barrière. Il n'en avait pas vu près de la poudrière. Il n'a pas rapporté la présence de ces traces au gérant de la mine. Il n'a rien fait au sujet de ces traces parce que, comme il le dit, il aurait été nécessaire de placer un garde pour défendre l'accès ou surprendre quelqu'un à cet endroit.

Sur la question de l'autorisation implicite, le Juge d'appel Arnup, qui a rendu l'arrêt de la Cour, a fait les commentaires suivants:

[TRADUCTION] Après étude attentive de toute la transcription je suis d'avis qu'il n'y avait aucune preuve d'autorisation implicite à soumettre au jury. Il y avait une preuve assez abondante selon laquelle des motoneigistes avaient utilisé le chemin privé de la défenderesse pour aller vers l'ouest du site de North Virginiatown jusqu'au droit de passage nord-sud de l'Hydro, et de là dans les deux sens le long de ce droit de passage. Cependant, comme je l'ai noté plus haut, la seule preuve selon laquelle des préposés de la défenderesse auraient eu connaissance de l'utilisation du chemin à l'*ouest* du droit de passage de l'Hydro est que "à quelque rares occasions" au cours de ce même hiver, l'agent de sécurité avait vu des traces de motoneiges à une courte distance à l'ouest de la barrière en question.

. . .

A mon avis les deux parties du chemin privé se trouvaient physiquement séparées du seul fait de la ligne nord-sud de l'Hydro, même en ne tenant pas compte de la barrière qui traversait le chemin à la limite ouest du droit de passage de l'Hydro. Je ne pense pas que la connaissance, si étendue soit-elle, de

Hydro right-of-way, however extensive, can be relied on so as to give rise to an implication that the occupier had good reason to expect similar trespassing on the portion *west* of the Hydro right-of-way.

In *Edwards v. Railway Executive*[10], the House of Lords had to consider the evidence requisite to create an implied licence. A nine-year-old boy, who had gone on to the defendant's railway line on top of a railway embankment, was struck by a train. The embankment was fenced, but there was evidence that other children had been accustomed to break through the fence and had made a slide down the embankment. The fence had been kept in repair, after damage, and was in proper condition on the day of the accident. The jury found that the boy had gone on to the embankment and on to the railway line with the tacit permission of the defendant's servants.

The House of Lords held that there was not evidence to justify these findings. At p. 747, Lord Goddard says:

Now, to find a licence there must be evidence either of express permission or that the landowner has so conducted himself that he cannot be heard to say that he did not give it.

Lord Porter, at p. 744, says:

The onus is on the appellants to establish their licence, and in my opinion they do not do so merely by showing that, in spite of a fence now accepted as complying with the Act requiring the respondents to fence, children again and again broke their way through.

The implication of a tacit permission arising from other intrusions upon an owner's land could not be made, under the concept of an implied licence, unless it could be shown that the owner was aware of such intrusions, and, even if he was aware, it had to be shown that he permitted such intrusions on his land and not

[10] [1952] A.C. 737.

l'usage du chemin privé dans la partie qui se trouvait à l'est du droit de passage de l'Hydro puisse être invoquée comme permettant de déduire que l'occupant avait de bonnes raisons de s'attendre à des intrusions semblables sur la partie sise à l'*ouest* du droit de passage de l'Hydro.

Dans l'arrêt *Edwards v. Railway Executive*[10], la Chambre des Lords a eu à connaître de la question de la preuve requise pour créer une autorisation implicite. Un garçonnet de neuf ans qui était allé sur la ligne de chemin de fer de la défenderesse au sommet du remblai a été frappé par un train. Le remblai était clôturé, mais il y avait preuve selon laquelle d'autres enfants avaient eu l'habitude de passer la clôture et de faire une glissade en bas du remblai. La clôture avait été entretenue, après endommagement, et elle était en bonne condition le jour de l'accident. Le jury a conclu que le garçonnet était allé sur le remblai et sur la voie ferrée avec la permission tacite des préposés de la défenderesse.

La Chambre des Lords a statué qu'il n'y avait pas de preuve justifiant ces conclusions. A la p. 747, Lord Goddard a dit:

[TRADUCTION] Maintenant, pour conclure à l'autorisation il doit y avoir preuve soit d'une permission expresse soit d'un comportement du propriétaire propre à empêcher ce dernier d'objecter qu'il ne l'avait pas donnée.

Lord Porter, à la p. 744, a dit:

[TRADUCTION] Il incombe aux appelants d'établir l'autorisation, et à mon avis ils ne peuvent le faire simplement en démontrant que, en dépit d'une clôture que l'on reconnaît maintenant avoir été conforme au texte législatif exigeant des intimés qu'ils placent une clôture, des enfants ont à maintes reprises passé la clôture.

La déduction d'une permission tacite découlant d'autres intrusions sur le bien-fonds d'un propriétaire n'était pas permise, en vertu du concept d'une autorisation implicite, à moins qu'on ne puisse démontrer que le propriétaire était au courant de ces intrusions, et, même s'il était au courant, il fallait démontrer qu'il avait

[10] [1952] A.C. 737.

merely tolerated them.

Lord Porter, following the paragraph of his reasons which contains the statement above quoted, went on to say:

It will be observed that in expressing this opinion I have assumed that the servants of the Railway Executive had knowledge that children were accustomed to go there. I am not convinced that they had this knowledge, but it may have been legitimate for the jury to find that the ganger who repaired the fence must have known, although I am not prepared to accept the proposition that any inference can be drawn from the fact that trains passed up or down, or to hold that their drivers ought or must be taken to have seen the children. However that may be, and even assuming that the respondents had knowledge of the intrusion of children on to the embankment, the suggestion that that knowledge of itself constitutes the children licensees, in my opinion, carries the doctrine of implied licence much too far, though no doubt where the owner of the premises knows that the public or some portion of it is accustomed to trespass over his land he must take steps to show that he resents and will try to prevent the invasion.

As has already been noted, the Company had no knowledge that operators of snowmobiles had used its private road to drive their vehicles from the powder magazine area to the gate, or from the gate to that area. The only tracks seen by the security officer were just to the west of the gate. The persons whose vehicles created those tracks must have been aware of the presence of the gate, the very purpose of which was to indicate the resentment of the Company against trespass on its road, and to prevent such intrusion by vehicular traffic.

In my opinion there was no evidence of implied permission having been given by the Company for the use of its private road by the drivers of snowmobiles.

This conclusion, in itself, does not necessarily involve the failure of this appeal. Counsel for Veinot contends that, even if Veinot was not a licensee, none the less the Company owed a

permis ces intrusions sur son terrain et ne les avait pas simplement tolérées.

Lord Porter, après l'alinéa de ses motifs qui contient le passage cité ci-dessus, a poursuivi comme suit:

On notera qu'en exprimant cet avis j'ai présumé que les préposés de la direction des chemins de fer savaient que des enfants avaient l'habitude d'aller là. Je ne suis pas convaincu qu'ils le savaient, mais il peut avoir été légitime pour le jury de conclure que le cantonnier chef qui a réparé la clôture devait le savoir, bien que je ne sois pas prêt à accepter la proposition suivant laquelle une déduction quelconque peut être tirée du fait que des trains allaient ou venaient, ou à conclure que leurs conducteurs auraient dû voir les enfants ou doivent être considérés comme s'ils les avaient vus. Quoi qu'il en soit, et même en supposant que les intimés étaient au courant de l'intrusion d'enfants sur le remblai, l'argument selon lequel le fait d'avoir été au courant donne aux enfants la qualité de *licensees* accorde, à mon avis, une extension trop grande à la théorie de l'autorisation implicite, bien qu'il ne fasse pas de doute que lorsque le propriétaire des lieux sait que le public ou une partie du public a l'habitude de s'introduire sur son terrain il doit prendre des mesures pour montrer qu'il tient rigueur de l'invasion et va tenter de l'empêcher.

Comme déjà noté, la Compagnie ne savait pas que des conducteurs de motoneiges avaient utilisé son chemin privé pour conduire leurs véhicules des environs de la poudrière à la barrière, ou de la barrière à ces environs. Les seules traces vues par l'agent de sécurité se trouvaient juste à l'ouest de la barrière. Les personnes dont les véhicules ont causé ces tracas ont dû avoir noté la présence de la barrière, dont le but même était d'indiquer que la Compagnie tenait rigueur aux intrus qui venaient sur son chemin, et d'empêcher ces intrus de passer en véhicule.

A mon avis il n'y avait aucune preuve de permission implicite de la Compagnie quant à l'usage de son chemin privé par des conducteurs de motoneiges.

Cette conclusion, en elle-même, ne comporte pas nécessairement le rejet de l'appel. L'avocat de Veinot prétend que, même si Veinot n'était pas un *licensee*, la Compagnie avait envers lui

legal duty to him, even as a trespasser, which had, on the facts of this case, been breached. He relied chiefly upon the judgment of the House of Lords in *British Railways Board v. Herrington (supra).*

Before considering the reasons delivered in that case it is necessary to give attention to its facts. The plaintiff was a six-year-old boy. He had been playing with his two older brothers in a field which was National Trust property, which was freely open to the public. Adjoining this property was the defendant's electrified railway line. Beyond that was another National Trust property. Through the field in which the boy was playing ran a path which led to the railway line. Shortly before reaching the line the path came to a four-foot-high chain link fence, which bordered the track. The path turned to the right to a footbridge over the track. Where the path turned right there was a further short stretch of trodden path leading straight up to the fence. At the point where this path reached the fence, the fence had become detached from a supporting post and it had been pressed down to within 10 inches of the ground. The evidence showed that the fence had been in that condition for some time and that people had been using the gap to take a short cut across the line. Employees of the defendant, some seven weeks before the accident, had reported the presence of children on the line, but no action had been taken. The plaintiff left the field where he had been playing, crossed the gap in the fence, and walked on to the line, where he came into contact with the electrified rail and was severely injured. No witnesses were called at the trial on behalf of the defendant.

The Railways Board contended that the boy had been a trespasser on its property and that, applying the principles enunciated in *Robert Addie & Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*[11], there could be no legal claim for damages in

[11] [1929] A.C. 358.

un devoir légal qui, même si Veinot était *trespasser,* avait été, d'après les faits de l'affaire, violé. Il s'est appuyé principalement sur le jugement de la Chambre des Lords dans l'affaire *British Railways Board v. Herrington (supra).*

Avant d'étudier les motifs qui ont été rédigés en cette affaire-là il est nécessaire de se pencher sur les faits qui étaient en cause. Le demandeur était un garçonnet de six ans. Il avait joué avec ses deux frères plus âgés dans un champ qui appartenait au National Trust et auquel le public avait librement accès. Le chemin de fer électrique de la défenderesse se trouvait à être contigu à cette propriété. Au-delà du chemin de fer il y avait un autre terrain appartenant au National Trust. A travers le champ dans lequel le garçonnet jouait il y avait un sentier qui menait jusqu'à la ligne de chemin de fer. Un peu avant d'atteindre la ligne le sentier aboutissait à une clôture de chaînes à maillons haute de quatre pieds, qui était en bordure de la voie. Le sentier tournait à droite pour atteindre une passerelle au-dessus de la voie ferrée. Là où le sentier tournait à droite il y avait encore un bout de sentier battu qui menait directement à la clôture. Au point où ce sentier atteignait la clôture, la clôture avait été arrachée d'un poteau et avait été enfoncée vers le bas jusqu'à 10 pouces du sol. La preuve révélait que la clôture était dans cette condition depuis un certain temps et que des gens s'étaient servis de la brèche pour prendre un raccourci à travers la voie ferrée. Les employés du défendeur, quelque sept semaines avant l'accident, avaient rapporté la présence d'enfants sur la voie, mais rien n'avait été fait. Le demandeur laissa le champ où il jouait, traversa la brèche qui se trouvait dans la clôture, et marcha jusque sur la voie, où il vint en contact avec un rail électrifié et fut sérieusement blessé. Le défendeur ne cita aucun témoin au procès.

Le conseil des chemins de fer prétendit que le garçonnet était un *trespasser* et que, appliquant les principes énoncés dans l'arrêt *Robert Addie & Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*[11], il ne pouvait y avoir en droit un recours relativement

[11] [1929] A.C. 358.

respect of his injuries. The principle stated by Lord Hailsham L.C. in that case, at p. 365, was as follows:

> Towards the trespasser the occupier has no duty to take reasonable care for his protection or even to protect him from concealed danger. The trespasser comes on to the premises at his own risk. An occupier is in such a case liable only where the injury is due to some wilful act involving something more than the absence of reasonable care. There must be some act done with the deliberate intention of doing harm to the trespasser, or at least some act done with reckless disregard of the presence of the tresspasser.

In his reasons in the *Herrington* case, at p. 931, Lord Diplock makes the following candid statement:

> If the facts in the instant appeal are compared with those in *Addie's* case as stated by Lord Hailsham L.C., at pp. 359-360, I do not think it possible to say that, judged by current standards of behaviour, the conduct of those engaged in operating the appellants' railway in the instant case was any more blameworthy than the conduct of those engaged in running the colliery of the successful appellant in *Addie's* case. Yet all nine judges who have been concerned with the instant case in its various stages are convinced that the plaintiff's claim ought to succeed; and, if I may be permitted to be candid, are determined that it shall. The problem of judicial technique is how best to surmount or to circumvent the obstacle presented by the speeches of the Lord Chancellor and Viscount Dunedin in *Addie's* case, and the way in which those speeches were dealt with in the Privy Council in the comparatively recent Australian appeal of *Commissioner for Railways v. Quinlan* [1964] A.C. 1054.

The appeal of the Railways Board was dismissed unanimously by the five law lords constituting the Court, although Lord Wilberforce, at p. 921, said.

> I feel bound to say that I have less confidence than your Lordships or the trial judge that the proved facts make the case good.

à ses blessures. Le principe énoncé par Lord Hailsham, Lord chancelier, dans ce dernier arrêt, à la p. 365, était le suivant:

> [TRADUCTION] Envers le *trespasser* l'occupant n'a aucun devoir d'user de soin raisonnable pour sa protection ou même de le protéger d'un danger caché. Le *trespasser* vient sur les lieux à ses propres risques. Un occupant ne peut être tenu responsable dans un tel cas que si les blessures sont dues à un acte volontaire comportant quelque chose de plus qu'une absence de soin raisonnable. Il faut qu'un acte ait été posé avec l'intention délibérée de faire du tort au *trespasser,* ou au moins qu'un acte ait été posé au mépris insouciant de la présence du *trespasser.*

Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *Herrington,* Lord Diplock dit tout bonnement, à la p. 931, ce qui suit:

> [TRADUCTION] Si l'on compare les faits de l'espèce présente avec ceux de l'affaire *Addie* tels qu'ils furent énoncés par Lord Hailsham, Lord chancelier, aux pp. 359-360, je ne pense pas que l'on puisse dire que, d'après les normes courantes de comportement, la conduite de ceux qui étaient engagés dans l'exploitation du chemin de fer des appelants en l'espèce présente était de quelque façon plus blâmable que la conduite de ceux qui étaient engagés dans l'exploitation de la houillière de l'appelante qui a eu gain de cause dans l'affaire *Addie.* Pourtant les neuf juges qui ont eu à connaître de l'espèce présente à ses divers stades sont convaincus que la réclamation du demandeur devait être accueillie; et, si je puis me permettre de le dire tout bonnement, tiennent à ce qu'elle le soit. La difficulté que les juges doivent surmonter sur le plan de la méthode est de déterminer la meilleure façon de surmonter ou circonvenir l'obstacle que constituent les allocutions du Lord chancelier et du vicomte Dunedin dans l'affaire *Addie,* et la façon dont ces allocutions ont été traitées par le Conseil privé dans l'appel australien relativement récent intitulé *Commissioner for Railways v. Quinlan* [1964] A.C. 1054.

L'appel du conseil des chemins de fer a été rejeté unanimement par les cinq lords juristes qui constituaient la cour, bien que Lord Wilberforce, à la p. 921, ait dit:

> [TRADUCTION] Je crois devoir dire que je ne suis pas aussi sûr que vos Seigneuries et le juge de première instance que les faits prouvés établissent le bien-fondé de la demande.

Each of the five law lords wrote reasons and it is not easy to formulate any specific definition of the duty owed to a trespasser. As Professor Goodhart says, in his review of the case in 88 (1972) Law Quarterly Review, at p. 311:

> Surprisingly the final result of all this work has been that a number of dicta stated in slightly different words concerning the duties of an occupier to a trespasser have been added to the existing collection, which Lord Pearson has summarised by saying: "Very broadly stated, it is a duty to treat the trespasser with ordinary humanity."

What does emerge from a consideration of the five judgments is that:

1. *Addie's* case should not be followed, because the duty owed by an occupier to a trespasser is broader than the duty as defined in that case.

2. The fiction of an implied licence should not be used as an aid in determining the rights of a trespasser as against an occupier.

3. The occupier does not owe to the trespasser as high a duty as that owed to persons lawfully on the land. (In England the duty owed to persons lawfully on the land was defined by statute in the *Occupiers' Liability Act, 1957*. The occupier must take such care as in all the circumstances of the case is reasonable to see that the visitor will be reasonably safe in using the premises for the purpose for which he is permitted by the occupier to be there.)

The House of Lords rejected the proposition that, in order to incur any liability to a trespasser, the occupier must have actual knowledge of his presence on the land. Lord Reid (p. 899) refers to the occupier knowing before the accident that "there was a substantial probability that trespassers would come". Lord Morris of Borth-y-Gest (p. 908) said that if the Railways Board allowed their fence to be broken down at the place in question "there was a considerable risk that a small child would pass through it".

Chacun des cinq lords juristes a rédigé des motifs et il n'est pas facile de formuler une définition spécifique du devoir envers un *trespasser*. Comme le professeur Goodhart le dit, dans la revue qu'il fait de l'arrêt à 88 (1972) Law Quarterly Review, à la p. 311:

> [TRADUCTION] Chose surprenante, le résultat final de tout ce travail est qu'un certain nombre de dictums énoncés en termes légèrement différents sur le sujet des devoirs d'un occupant envers un *trespasser* ont été ajoutés à la collection existante, dictums que Lord Pearson a résumés en disant: «Énoncée de façon très générale, l'obligation est de traiter le *trespasser* avec l'humanité courante»

Ce qui émerge de l'étude des cinq jugements est que:

1. L'arrêt *Addie* ne doit pas être suivi, parce que le devoir d'un occupant envers un *trespasser* est plus étendu que le devoir défini dans cet arrêt-là.

2. La fiction d'une autorisation implicite ne doit pas servir d'aide lorsqu'on détermine les droits d'un *trespasser* vis-à-vis d'un occupant.

3. L'occupant n'a pas envers le *trespasser* un devoir aussi élevé que celui qui est dû aux personnes qui se trouvent licitement sur le bien-fonds. (En Angleterre le devoir envers les personnes qui se trouvent licitement sur le bien-fonds a été défini par un texte législatif, soit le *Occupiers' Liability Act, 1957*. L'occupant doit prendre, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, tout le soin raisonnable pour voir à ce que le visiteur soit raisonnablement en sécurité lorsqu'il utilise les lieux aux fins pour lesquelles sa présence a été autorisée par l'occupant.)

La Chambre des Lords a rejeté l'énoncé suivant lequel, pour devenir de quelque façon responsable envers un *trespasser*, l'occupant doit avoir la connaissance effective de sa présence sur le bien-fonds. Lord Reid (p. 899) mentionne que l'occupant savait avant l'accident qu'[TRADUCTION] «il y avait une probabilité substantielle que des *trespassers* viennent». Lord Morris de Borth-y-Gest (p. 908) a dit que si le conseil des chemins de fer a permis à sa clôture d'être brisée à l'endroit en question [TRADUC-

Lord Wilberforce quotes the phrases "as good as knows" and "extremely likely" and appears to prefer the latter. Lord Pearson (p. 924) refers to the presence of the trespasser as being "known or reasonably to be anticipated". Lord Diplock, at p. 941, says:

My Lords, an occupier's expectation of a trespasser's presence, like his knowledge of a concealed danger, also involves two mental elements: actual knowledge of physical facts which indicate that trespassers are likely to come on to the land; and appreciation of the resulting likelihood. For reasons similar to those which I have indicated I think that, as the law has now developed, the test of appreciation of the likelihood of trespass is whether a reasonable man knowing only the physical facts which the occupier actually knew, would appreciate that a trespasser's presence at the point and time of danger was so likely that in all the circumstances it would be inhumane not to give to him effective warning of the danger or, in the case of a child too young to understand a warning, not to take steps to convey to his infant intelligence that he must keep away.

Towards a trespasser whose presence on the land is known, or of whose presence the occupier should have known, the duty imposed by the *Herrington* case is, apparently, not to take reasonable care for his safety, but to act in a humane manner.

The law in Canada as to the duty of an occupier toward a trespasser was considered in *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Barnett*[12]. The Privy Council said that the occupier is under a duty not to injure the trespasser wilfully nor to do a wilful act in reckless disregard of ordinary humanity. Otherwise, the general rule is that a man trespasses at his own risk.

[12] [1911] A.C. 361.

TION] «il y avait un risque considérable qu'un petit enfant passe à travers». Lord Wilberforce cite les expressions «tout comme connue» et «extrêmement probable» et semble préférer la dernière. Lord Pearson (p. 924) parle de la présence du *trespasser* comme étant «connue ou raisonnablement prévisible». Lord Diplock, à la p. 941, dit:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, la prévision qu'un occupant peut avoir de la présence d'un *trespasser*, comme sa connaissance d'un danger caché, implique aussi deux éléments de l'esprit: une connaissance effective du fait matériel indiquant que des *trespassers* viendront probablement sur le bien-fonds; et l'appréciation de la probabilité résultante. Pour des raisons semblables à celles que j'ai indiquées, je pense que, dans l'état actuel du droit, le critère de l'appréciation de la probabilité d'une intrusion est de savoir si un homme raisonnable connaissant seulement les faits matériels que l'occupant connaissait effectivement, comprendrait que la présence d'un *trespasser* aux lieux et temps du danger était tellement probable que eu égard à toutes les circonstances, il serait inhumain de ne pas lui donner un avertissement efficace du danger ou, dans le cas d'un enfant trop jeune pour comprendre un avertissement, de ne pas prendre des mesures pour faire comprendre à son intelligence d'enfant qu'il doit se tenir loin.

Envers un *trespasser* dont la présence sur le bien-fonds est connue, ou dont l'occupant aurait dû connaître la présence, le devoir imposé par l'arrêt *Herrington* est, apparemment, celui non pas d'apporter un soin raisonnable à sa sécurité, mais d'agir de façon humaine.

Le droit au Canada quant au devoir d'un occupant envers un *trespasser* a été étudié dans l'arrêt *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Barnett*[12]. Le Conseil privé y a statué que l'occupant a un devoir de ne pas blesser sciemment le *trespasser* et de ne pas non plus commettre un acte volontaire témoignant d'un mépris insouciant des normes d'humanité courante. Cela mis à part, la règle générale est qu'un *trespasser* vient à ses propres risques.

[12] [1911] A.C. 361.

The *Addie* case was cited with approval in *East Crest Oil Company Limited v. The King.*[13]

The two most recent Privy Council decisions on the matter are *Commissioner for Railways v. Quinlan*[14], and *Southern Portland Cement Ltd. v. Cooper*[15], both being appeals from Australia.

The former case was concerned with a claim for personal injuries by the driver of a truck, which, while proceeding over a private level crossing across the defendant's railway line, was struck by a train. It was admitted by the driver of the train that a whistle signal was given at a point too near the crossing to be of any use in averting a collision. The plaintiff was conceded to be a trespasser on the railway line. The jury were directed to the effect that, once they thought there was "a likelihood" of people using the crossing and the defendant was aware of such likelihood, the defendant owed a duty to the plaintiff, as a member of the public, to take reasonable precautions to secure his safety, and that that duty was not affected by the fact that he was a trespasser.

Viscount Radcliffe, who delivered the judgment, stated the duty toward a trespasser, at p. 1072, as follows:

The content and limits of the duty have been laid down in words that do not seem to admit of much qualification or to invite the skill of the amplifier. Hamilton L.J. stated the rule of the English common law with maximum brevity in *Latham v. R. Johnson & Nephew Ltd.*, [1913] 1 K.B. 398, 411; 29 T.L.R. 124, C.A.: "The owner of the property is under a duty not to injure the trespasser wilfully; 'not to do a wilful act in reckless disregard of ordinary humanity towards him'; but otherwise a man 'trespasses at his own risk.' "

[13] [1945] S.C.R. 191.
[14] [1964] A.C. 1054.
[15] [1974] 1 All E.R. 87.

L'arrêt *Addie* a été cité avec approbation dans l'arrêt *East Crest Oil Company Limited c. Le Roi.*[13]

Les deux arrêts les plus récents du Conseil privé sur le sujet sont l'arrêt *Commissioner for Railways v. Quinlan*[14] et l'arrêt *Southern Portland Cement Ltd. v. Cooper*[15], qui ont trait tous deux à des appels interjetés depuis l'Australie.

Le premier arrêt a trait à une demande de compensation pour blessures qu'avait introduite le conducteur d'un camion qui, alors qu'il passait sur un passage à niveau privé à travers le chemin de fer défendeur, avait été frappé par un train. Il avait été reconnu par le conducteur du train qu'un coup de sifflet avait été donné à un point situé trop près du passage pour que le signal ait été de quelque utilité. Il avait été concédé que le demandeur était un *trespasser* sur le chemin de fer. On avait dit aux jurés que dès lors qu'ils pensaient que l'emploi du passage par des gens était «une probabilité» et que le défendeur était au courant de cette probabilité, le défendeur avait un devoir envers le demandeur, à titre de personne faisant partie du public, de prendre des précautions raisonnables pour assurer sa sécurité, et que ce devoir n'était pas diminué par le fait qu'il était un *trespasser.*

Le vicomte Radcliffe, qui a prononcé le jugement, a énoncé le devoir envers un *trespasser* de la façon suivante, à la p. 1072:

[TRADUCTION] Le contenu et les limites du devoir ont été établis en des termes qui ne semblent pas admettre beaucoup d'atténuation ou favoriser les talents de celui qui interprète de façon extensive. Le Lord Juge Hamilton a énoncé la règle de la *Common Law* anglaise de la façon la plus concise possible dans l'arrêt *Latham v. R. Johnson & Nephew Ltd.*, [1913] 1 K.B. 398, 411; 29 T.L.R. 124, Cour d'app.: [TRADUCTION] «Le propriétaire a le devoir de ne pas blesser volontairement le *trespasser*; «et de ne pas commettre non plus un acte volontaire témoignant d'un mépris insouciant des normes courantes d'humanité envers lui»; mais à part ça un *trespasser* «vient à ses propres risques.»»

[13] [1945] R.C.S. 191.
[14] [1964] A.C. 1054.
[15] [1974] 1 All E.R. 87.

He goes on to say that this statement of the law received the full approval of the House of Lords in the *Addie* case, where the Scottish rule of liability was held to be the same. He also says that the same principle was laid down as the law of Canada in *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Barnett* (*supra*).

He goes on to say, at p. 1076:

It is true, however, that an occupier can be treated as having knowledge of a trespasser's presence, even though the latter is not visibly before his eyes at the time when the act that causes injury is done. He can be in a position in which he "as good as" knows that the other is there.

Dealing with the knowledge of the occupier, which is necessary to impose upon him a duty of care to a trespasser, he says, at p. 1077:

It must be stressed, however, that the knowledge that is here material is knowledge in the occupier sufficient to impose upon him the duty not to be wilful or reckless towards the man to whom otherwise he would owe no duty at all; and such knowledge is something a great deal more concrete than a mere warning of likelihood. The presence, if it is to be treated as anticipated, must be "extremely likely," to use Lord Buckmaster's words in the *Excelsior Wire Rope Co.'s* case, [1930] A.C. 404, 410. There was "great likelihood, not to say certainty of boys and others coming upon the site," *per* Dixon C.J. in *Commissioner of Railways (N.S.W.) v. Cardy*, 104 C.L.R. 274, 286: the trespasser must be one whose coming is "expected or foreseen." In the same case Windeyer J. says (at p. 320) that "the occupier's immunity from actions by trespassers may be qualified if he knows that they are or very probably may be present." This is the same thing as was said by Evatt J. in *Barton's* case, 49 C.L.R. 114, 135, "As a general rule the plaintiff must show that the occupier knew of the actual, or, at least, the very probable, presence of the trespasser on his land at the very time when some activity fraught with danger to the trespasser was being continued." In their Lordships' opinion, if an occupier is being charged with breach of duty towards a trespasser in not giving him warning of some dangerous activity that is conducted on the occupier's premises and by which the trespasser has been injured, the law requires that the occupier's

Il poursuit en disant que cet énoncé du droit a reçu pleine approbation de la Chambre des Lords dans l'arrêt *Addie*, dans lequel on a statué que la règle écossaise de responsabilité était la même. Il dit également que le même principe a été posé comme étant le droit du Canada dans l'arrêt *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Barnett* (*supra*).

Il poursuit, à la p. 1076:

Il est vrai, cependant, qu'un occupant peut être considéré comme ayant la connaissance de la présence d'un *trespasser*, même si ce dernier n'est pas visiblement devant ses yeux au moment où intervient l'acte générateur de blessures. Il peut être dans une position dans laquelle c'est «tout comme» s'il savait que l'autre est là.

Traitant de la connaissance de l'occupant, qui est nécessaire pour imposer à ce dernier un devoir de prudence envers le *trespasser*, il dit, à la p. 1077:

[TRADUCTION] Il faut souligner cependant que la connaissance dont il s'agit ici est cette connaissance de l'occupant qui est suffisante pour lui imposer un devoir de ne pas être volontaire ou insouciant envers l'homme à qui autrement il ne devrait rien; et une telle connaissance est quelque chose qui est beaucoup plus concret qu'un simple indice de probabilité. La présence, si on doit la considérer comme prévue, doit avoir été «extrêmement probable,» pour employer les mots de Lord Buckmaster dans l'arrêt *Excelsior Wire Rope Co.*, [1930] A.C. 404, 410. Il y avait [TRADUCTION] «grande probabilité, sinon certitude, que des garçons ou d'autres viendraient sur l'emplacement,» Le Juge en chef Dixon dans l'arrêt *Commissioner of Railways (N.S.W.) v. Cardy*, 104 C.L.R. 274, 286: le *trespasser* doit être une personne dont la venue est «attendue ou prévue.» Dans la même affaire le Juge Windeyer dit (à la p. 320) que [TRADUCTION] «l'immunité de l'occupant vis-à-vis des actions intentées par des *trespassers* peut être atténuée s'il sait qu'ils sont présents ou qu'ils le seront très probablement.» C'est la même chose que ce qu'a dit le Juge Evatt dans l'affaire *Barton*, 49 C.L.R. 114, 135, [TRADUCTION] «Règle générale, le demandeur doit démontrer que l'occupant était au courant de la présence effective ou du moins de la grande probabilité de la présence du *trespasser* sur son terrain au moment même où une activité quelconque comportant danger pour le *trespasser* était en voie d'être continuée.» De l'avis de leurs Seigneuries, si un occupant se voit imputer une

knowledge of the other's presence at the material time should be established in some such terms as those quoted above.

Reference was made in the *Quinlan* case, as well as in the *Herrington* case, to the judgment of the High Court of Australia in *Commissioner for Railways v. Cardy*[16]. In that case a fourteen-year-old boy, walking over the defendant's land, in an area used as a tip for the deposit of ashes, penetrated surface crust of the tip and his feet and ankles were severely burned by the hot ashes beneath. A pathway, open to pedestrians, ran alongside the tip. This path was freely used and people, particularly children, visited the tip. There had been casual and intermittent warnings to keep off the tip.

The plaintiff succeeded at trial, before a jury, and this decision was upheld on appeal to the Full Court of the Supreme Court of New South Wales and by the High Court of Australia. Dixon C.J., with whom Fullagar J. concurred, was of the opinion that liability arose, not because, on the evidence, it was proper to imply a licence to enter the land, but because, although the plaintiff was a trespasser, a duty of care rests upon a man to safeguard others from grave danger of serious harm where, knowingly, he has created a danger, or is responsible for its continued existence, and is aware of the likelihood of others coming into the proximity of the danger, and has the means of preventing it or bringing it to their knowledge.

The *Cooper* case (*supra*) involved an injury to a thirteen-year-old boy, who was playing on a mound of dumped waste material from the defendant's quarrying operations. This material

[16] (1960), 104 C.L.R. 274.

violation de devoir envers un *trespasser* du fait qu'il n'a pas donné à ce dernier un avertissement d'une quelconque activité dangereuse qu'on est en train de poursuivre sur les lieux de l'occupant et par laquelle le *trespasser* a été blessé, le droit requiert que la connaissance que l'occupant a de la présence de l'autre au moment pertinent soit établie en des termes semblables à ceux qui sont cités ci-dessus.

On a fait mention, dans l'arrêt *Quinlan*, ainsi que dans l'arrêt *Herrington*, du jugement de la Haute Cour d'Australie dans l'affaire *Commissioner for Railways v. Cardy*[16]. Dans cette affaire-là un garçon de quatorze ans, qui marchait sur le terrain du défendeur, dans un secteur utilisé comme fosse pour le versement de cendres, a crevé, en marchant, la croûte de surface de la fosse et s'est fait brûler les pieds et les chevilles très gravement par les cendres chaudes qui se trouvaient en dessous. Un sentier, ouvert aux piétons, passait le long de la fosse. Ce sentier était librement utilisé et les gens, en particulier les enfants, visitaient la fosse. Il y avait eu des avertissements banals et intermittents à l'effet d'éviter de s'engager sur la fosse.

Le demandeur a eu gain de cause en première instance, devant un jury, et cette décision a été maintenue en appel par le banc plénier de la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud, ainsi que la Haute Cour d'Australie. Le Juge en chef Dixon, avec qui le Juge Fullagar a été d'accord, a été d'avis que la responsabilité naissait, non pas parce que, d'après la preuve, il était juste de sous-entendre une autorisation de pénétrer sur le terrain, mais parce que, même si le demandeur est un *trespasser*, un devoir de diligence de sauvegarder d'autres personnes d'un grave danger de préjudice sérieux incombe à toute personne qui, sciemment, a créé un danger, ou est responsable de sa continuation, ou est au courant de la probabilité que d'autres viennent à proximité du danger, et a les moyens de l'empêcher ou de le porter à leur connaissance.

L'arrêt *Cooper* (*supra*) a trait à une blessure causée à un garçon de treize ans qui jouait sur une butte de détritus provenant de la carrière qu'exploitait la défenderesse. Les détritus

[16] (1960), 104 C.L.R. 274.

had spread outwards, partially burying the poles which carried a high tension electric cable, which brought power to the defendant's operations. Orders to cease the dumping of material had been given when the gap between the mound and the cable had, at one point, been reduced to twelve feet. The orders were not obeyed and the gap became smaller. As a matter of urgency, arrangements were made on a Thursday for the removal of the cable on the following Monday. On the Sunday, while playing on the mound, the plaintiff's arm came into contact with the cable and he suffered severe injuries. School children played at various places not far from the working area. Children had been warned off the defendant's land, and there was not much trespassing during working hours. There were, however, two places where children were accustomed to play, outside, but near the defendant's land, from which the growth of the new "sandhill" was plainly visible.

The defendant's appeal from a judgment in favour of the plaintiff was dismissed. Lord Reid, who delivered the judgment of the Privy Council, reviewed its decision in *Quinlan* at some length. He said, at p. 93, apparently with reference to the second passage previously cited from Viscount Radcliffe's reasons (at p. 1077):

> What is said (See [1964] 1 All E.R. at 907, [1964] A.C. at 1077) shews that the Board were prepared to hold not merely that a duty would arise as soon as the occupier knew facts which made it extremely likely that a trespasser had already arrived, but also that a duty would arise before the arrival of the trespasser as soon as it became extremely likely that he would come in future. That puts a very much greater burden on the occupier.

He went on to reject the limitation, stated in *Quinlan*, that, before an occupier could be made liable in respect of a trespasser of whose presence he did not have knowledge, he must have known that his presence was "extremely likely". He stated that when an occupier himself creates a danger on his land he is bound to give consideration to the possibility of protecting

avaient monté, cachant partiellement les poteaux qui portaient un câble électrique à haute tension, qui alimentait le chantier de la défenderesse. On avait donné des ordres de cesser le déversement de détritus lorsque, à un moment donné, la distance entre le câble et la butte n'avait plus été que de douze pieds. Il n'a pas été obéi aux ordres et l'écart a diminué davantage. Par mesure d'urgence, des dispositions ont été prises un jeudi pour l'enlèvement du câble le lundi suivant. Le dimanche, le bras du demandeur, alors que le demandeur jouait sur la butte, est entré en contact avec le câble; le garçon a subi des blessures graves. Des écoliers jouaient à divers endroits pas loin de la zone d'exploitation. Des enfants avaient été chassés du terrain de la défenderesse, et il n'y avait pas beaucoup d'intrusions durant les heures de travail. Il y avait, cependant, deux endroits où les enfants avaient accoutumance de jouer, à l'extérieur, mais près du terrain de la défenderesse, et d'où l'on pouvait clairement voir monter la nouvelle «butte de sable».

L'appel de la défenderesse à l'encontre d'un jugement rendu en faveur du demandeur a été rejeté. Lord Reid, qui a rédigé le jugement du Conseil privé, a passé en revue assez en détail la décision que celui-ci avait rendue dans *Quinlan*. Il a dit, à la p. 93, apparemment au sujet du second passage précédemment reproduit des motifs du vicomte Radcliffe (à la p. 1077):

> [TRADUCTION] Ce qui est dit (voir [1964] 1 All E.R. à la p. 907, [1964] A.C. à la p. 1077) montre que le Comité était prêt à statuer non seulement qu'un devoir naît dès que l'occupant connaît des faits qui font voir qu'il est extrêmement probable qu'un *trespasser* est déjà sur les lieux, mais aussi qu'un devoir naît avant l'arrivée du *trespasser* dès qu'il est devenu extrêmement probable qu'il viendra à l'avenir. Cela place un fardeau beaucoup plus grand sur l'occupant.

Et il a rejeté la limitation, énoncée dans l'arrêt *Quinlan*, selon laquelle, avant qu'un occupant ne devienne responsable relativement à un *trespasser* dont la présence lui était inconnue, il doit avoir su que la présence du *trespasser* était «extrêmement probable». Il a déclaré que lorsqu'un occupant crée lui-même un danger sur son terrain, il est tenu de songer à la possibilité de

potential trespassers if he knows of facts which show a substantial chance that they might come that way and fail to see or realize the danger.

Lord Reid expressed agreement with the summary of the matter given by Barwick C.J. in his judgment in the case in the High Court of Australia:

After verdict, bearing in mind the summing-up, it must be taken that the jury found that the respondent had created a situation of danger on its land. That situation was the proximity of the surface of the batter of the platform to the uninsulated high voltage transmission line. That situation of danger could only be regarded as highly dangerous to human life and safety. Then, the jury must be taken to have found that the respondent knew of the existence and dangerous quality of what they must have concluded as a concealed trap as far as children were concerned. Further, because the place of the danger was attractive to children seeking their amusement in the remote area where they lived, and having regard to the terms of the summing-up, the jury must have concluded that the respondent must have known that it was likely that children would be attracted to the place of danger. In my opinion, that finding in the circumstances of the case is the equivalent of a finding that the presence of the children in the area was to be expected by the respondent. On the possible view of the facts, which I have already indicated, there was, in my opinion, sufficient evidence to support such findings. They are sufficient, in my opinion, to support a verdict against the respondent on the footing that, having created a situation highly dangerous to human life, the proximate presence of children was to be expected by it, with the consequence that the respondent owed the appellant a duty to take reasonable steps to prevent the appellant suffering injury by that highly dangerous situation. If there was any duty, there can be no question that the respondent failed to perform it. Therefore, because of the findings inherent in it, and on the basis I have indicated, I would not disturb the verdict of the jury.

I have reviewed these recent cases, at perhaps unnecessary length, because we find in the *Herrington* and *Cooper* cases an extension of the scope of the duty owed by an occupier toward a trespasser beyond the limits defined in the *Addie* case. This extension has permitted the

protéger des *trespassers* éventuels s'il connaît des faits qui montrent qu'il y a une chance substantielle que ceux-ci viennent et ne voient pas le danger ou ne s'en rendent pas compte.

Lord Reid s'est dit d'accord avec le résumé de la question donné par le Juge en chef Barwick dans son jugement dans l'affaire en Haute Cour d'Australie:

[TRADUCTION] Après le verdict, gardant à l'esprit le résumé des débats, on doit considérer que le jury a conclu que l'intimée avait créé une situation de danger sur son terrain. Cette situation, c'était le peu de distance qui séparait de la surface du talus de la plate-forme la ligne de transmission à haut voltage non isolée. Cette situation de danger ne pouvait être considérée que comme hautement dangereuse pour la vie et la sécurité des humains. Ainsi, le jury doit être considéré comme ayant conclu que l'intimée connaissait l'existence et le caractère dangereux de ce qu'elle a dû voir comme un piège caché autant que des enfants sont concernés. De plus, parce que la place de danger était attrayante pour des enfants cherchant à s'amuser dans le secteur éloigné où ils vivaient, et étant donné les termes du résumé des débats, le jury doit avoir conclu que l'intimée a dû savoir qu'il était probable que des enfants seraient attirés vers la place de danger. A mon avis, cette conclusion dans les circonstances de l'affaire équivaut à conclure que la présence des enfants dans le secteur était une chose à laquelle l'intimée devait s'attendre. Suivant la conception possible des faits, que j'ai déjà indiquée, il y avait, à mon avis, une preuve suffisante pour étayer de telles conclusions. Elles suffisent, à mon avis, à étayer un verdict contre l'intimée basé sur ce que, ayant créé une situation hautement dangereuse pour la vie humaine, celle-ci devait s'attendre à ce que des enfants s'approchent, d'où le devoir que l'intimée avait envers l'appelant de prendre des mesures raisonnables pour empêcher l'appelant d'être blessé par suite de cette situation hautement dangereuse. S'il y avait un devoir, il est hors de tout doute que l'intimée ne l'a pas rempli. Par conséquent, à cause des conclusions qui y sont inhérentes, et sur la base que j'ai indiquée, je ne modifierais pas le verdict du jury.

J'ai passé en revue ces arrêts récents, peut-être plus longuement que nécessaire, parce que nous trouvons dans les arrêts *Herrington* et *Cooper* une extension de l'étendue du devoir d'un occupant envers un *trespasser* au-delà des limites définies dans l'arrêt *Addie*. Cette exten-

elimination of the theory of implied licence, a device which has been used in the past, especially in cases involving children, to avoid the strict application of the *Addie* case. I am in agreement with, and would favour the adoption of this approach, which recognizes that, in certain circumstances, the conduct of an occupier of land may require him to take steps to enable a person who has entered on his land, without his actual consent, to avoid a danger of which the occupier is aware. The question is as to what is the extent of such a duty.

The submission that the duty could be based on the "neighbour" theory enunciated in *Donoghue v. Stevenson*[17], was rejected in both of the above cases. Lord Pearson, in the *Herrington* case, at p. 924, says:

As the trespasser's presence and movements are unpredictable, he is not within the zone of reasonable contemplation (*Bourhill v. Young* [1943] A.C. 92) and he is not a "neighbour" (*Donoghue v. Stevenson*) to the occupier, and the occupier cannot reasonably be required to take precautions for his safety.

On the same page, he goes on to say:

Even when his presence is known or reasonably to be anticipated, so that he becomes a neighbour, the trespasser is rightly to be regarded as an underprivileged neighbour. The reason for this appears, I think, most clearly from a consideration of the analogous position of a lawful visitor who exceeds his authority, going outside the scope of his licence or permission. In *Hillen and Pettigrew v. I.C.I. (Alkali) Ltd.* [1936] A.C. 65, 69-70 Lord Atkin said:

". . . this duty to an invitee only extends so long as and so far as the invitee is making what can reasonably be contemplated as an ordinary and reasonable use of the premises by the invitee for the purposes for which he has been invited. He is not invited to use any part of the premises for purposes which he knows are wrongfully dangerous and constitute an improper use. As Scrutton L.J. has pointedly said: 'When you invite a person into your house to use the staircase you do not invite him to slide down the banisters.' (*The Calgarth* [1926] P. 93, 110.) So far as he sets foot on so much of the

[17] [1932] A.C. 562.

sion a permis d'éliminer la théorie de l'autorisation implicite, un moyen qui avait été utilisé dans le passé, spécialement dans des affaires concernant des enfants, pour éviter l'application stricte de l'arrêt *Addie*. J'accepte, et adopterais, cette approche, qui reconnaît que, dans certaines circonstances, la conduite d'un occupant d'un bien-fonds peut l'obliger à prendre des mesures en vue de permettre à une personne qui est entrée sur son bien-fonds, sans son consentement effectif, d'éviter un danger dont l'occupant connaît l'existence. La question est de savoir quelle est l'étendue d'un tel devoir.

La prétention que le devoir pouvait être fondé sur la théorie du «prochain» énoncé dans *Donoghue v. Stevenson*[17], a été rejetée dans chacun des deux arrêts ci-dessus. Lord Pearson, dans l'arrêt *Herrington*, dit à la p. 924:

[TRADUCTION] Comme la présence et les mouvements du *trespasser* sont imprévisibles, il n'est pas dans la zone de prévisibilité raisonnable (*Bourhill v. Young* [1943] A.C. 92) et il n'est pas un «prochain» (*Donoghue v. Stevenson*) pour l'occupant, et l'occupant ne peut raisonnablement être requis de prendre des précautions pour sa sécurité.

A la même page, il poursuit:

[TRADUCTION] Même lorsque sa présence est connue ou raisonnablement prévisible, de sorte qu'il devient un prochain, le *trespasser* doit à bon droit être considéré comme un prochain défavorisé. La raison pour cela semble, je pense, ressortir clairement de l'étude de la position analogue d'un visiteur licite qui excède son autorité, allant au-delà du champ de son autorisation ou de sa permission. Dans l'arrêt *Hillen and Pettigrew v. I.C.I. (Alkali) Ltd.* [1936] A.C. 65, 69-70, Lord Atkin a dit:

[TRADUCTION] «. . . ce devoir envers l'invité intervient tant et aussi longtemps que l'invité se livre à ce qui peut être raisonnablement envisagé comme une utilisation ordinaire et raisonnable des lieux pour les fins auxquelles il a été invité. Il n'est pas invité pour utiliser une partie quelconque des lieux pour des fins qu'il sait être illicitement dangereuses et constituer une utilisation irrégulière. Pour employer les termes saisissants du Lord Juge Scrutton: [TRADUCTION] «Lorsque vous invitez une personne chez vous pour qu'elle utilise l'escalier vous ne l'invitez pas à glisser sur les rampes.» (*The*

[17] [1932] A.C. 562.

premises as lie outside the invitation or uses them for purposes which are alien to the invitation he is not an invitee but a trespasser, and his rights must be determined accordingly. In the present case the stevedores knew that they ought not to use the covered hatch in order to load cargo from it; for them for such a purpose it was out of bounds; they were trespassers. The defendants had no reason to contemplate such a use; they had no duty to take any care that the hatch when covered was safe for such a use; they had no duty to warn anyone that it was not fit for such use."

Lord Reid, in the *Cooper* case, accepted the submission that an occupier's duty to a trespasser could not be extended so as to make it exceed his duty to a licensee. He says (p. 97):

It was urged in argument that an occupier's duty to a trespasser cannot be extended so as to make it exceed his duty to a licensee. Their Lordships agree. The passage in the Board's judgment in *Quinlan's* case, [1964] 1 All E.R. at 911, [1964] A.C. at 1083, to which their Lordships have already referred appears to warrant affording to trespassing children, at least in some cases, rights substantially equivalent to those of a child licensee. It was there stated that the Board were at one with Dixon C.J. in finding it unnecessary to resort to the categorisation of licensee in order to give to children the legal remedy that is felt to be their due.

Both of these cases were concerned with claims by infant trespassers who had suffered injury as a result of the existence, on the occupier's land, of something which, in itself, constituted a grave danger, in an area proximate to places where children were known to play. This is illustrated in the remarks of Lord Wilberforce in the *Herrington* case at p. 920:

Just as in the 19th century the introduction of turntables, attractive to children, accessible and danger-

*Calgarth* [1926] P. 93, 110.) Dans la mesure où il met pied le moindrement sur la partie des lieux qui se trouve en dehors du champ de l'invitation, ou utilise les lieux à des fins qui sont étrangères à l'invitation, il n'est pas un invité mais un *trespasser*, et ses droits doivent être déterminés en conséquence. Dans l'affaire présente les débardeurs savaient qu'ils ne devaient pas utiliser l'écoutille couverte pour décharger la cargaison en passant par elle; à de telles fins l'écoutille était pour eux une zone interdite; ils étaient des *trespassers*. Les défendeurs n'avaient aucune raison d'envisager une telle utilisation; ils n'avaient aucun devoir de prendre un soin quelconque en vue de s'assurer que l'écoutille, lorsqu'elle était couverte, était sûre pour une telle utilisation; ils n'avaient aucun devoir d'avertir qui que ce soit qu'elle n'était pas en état de servir à une telle utilisation.»

Lord Reid, dans l'arrêt *Cooper*, a accepté la prétention que le devoir de l'occupant envers un *trespasser* ne pouvait pas être étendu de façon à outrepasser les limites du devoir qu'il a envers un *licensee*. Il dit (p. 97):

[TRADUCTION] On a fait valoir durant les plaidoiries que le devoir d'un occupant envers un *trespasser* ne peut pas être étendu de telle façon qu'il aille au-delà des limites du devoir que l'occupant a envers un *licensee*. Leurs Seigneuries sont d'accord. Le passage du jugement du Comité judiciaire dans l'affaire *Quinlan*, [1964] 1 All E.R. à 911, [1964] A.C. à 1083, dont leurs Seigneuries ont déjà parlé semble autoriser que l'on accorde à des enfants intrus, au moins dans certains cas, des droits substantiellement équivalents à ceux d'un enfant *licensee*. On a dit dans ce jugement-là que le Comité était tout à fait d'accord avec le Juge en chef Dixon pour conclure qu'il n'était pas nécessaire d'avoir recours à la catégorie de *licensee* pour donner à des enfants le redressement qu'on croit leur être dû.

Ces deux arrêts ont tous deux trait à des réclamations par des enfants intrus qui avaient subi des blessures par suite de l'existence, sur le terrain d'un occupant, de quelque chose qui, en soi, constituait un grave danger, dans une zone proche d'emplacements où il était connu que des enfants jouaient. Cela est illustré dans les remarques de Lord Wilberforce dans l'arrêt *Herrington* à la p. 920:

[TRADUCTION] Tout comme au 19e siècle l'introduction de plaques tournantes, attrayantes pour des

ous, gave rise to a jurisprudence known by their name, so we must take account of the placing of electrical conductors above or on the ground all over our overcrowded island and see where this leads as regards foresight and care. The ingredients of such duty as may arise must stem from the inevitable proximity to places of access, including highways, from the continuous nature of the danger, from the lethal danger of contact and from the fact that to children the danger may not be apparent. There is no duty to make the place safe, but a duty does arise because of the existence, near to the public, of a dangerous situation. The greater the proximity, the greater the risk, and correspondingly the need of foresight and a duty of care.

enfants, accessibles, dangereuses, a donné naissance à une jurisprudence qui porte leur nom, ainsi nous devons tenir compte de la pose de conducteurs électriques au-dessus du sol et sur le sol à l'étendue de notre île surpeuplée et voir où cela nous mène du point de vue de la prévoyance et de la prudence. Les ingrédients du devoir qui peut naître doivent trouver leur source dans l'inévitable proximité des places d'accès, y inclus les chemins publics, dans la nature continue du danger, dans le danger de contact mortel et dans le fait que pour des enfants le danger peut ne pas être apparent. Il n'y a aucun devoir de rendre l'emplacement sûr, mais un devoir intervient à cause de l'existence, près du public, d'une situation dangereuse. Plus la proximité est grande, plus le risque est grand, et parallèlement le besoin de prévoyance et un devoir de prudence.

The effect of these cases might be summarized as being that an occupier who knows of the existence of a danger upon his land which he has created, or for whose continued existence he is responsible, may owe a duty to persons coming on his land, of whose presence he is not aware, if he knows facts which show a substantial chance that they might come there. This is, in essence, the duty stated by Dixon C.J. in the *Cardy* case. Such duty, when it exists, is limited, in the case of adults, to a duty to warn. In the case of children something more may be required. The existence of a duty will depend on the special circumstances of each case.

L'effet de ces arrêts pourrait être résumé comme étant qu'un occupant qui connaît l'existence sur son bien-fonds d'un danger qu'il a créé, ou de la continuation duquel il est responsable, peut avoir un devoir envers des personnes sur son terrain, et dont il n'est pas au courant de la présence, s'il connaît des faits qui montrent qu'il y a bonne chance qu'elles viennent. C'est là, essentiellement, le devoir énoncé par le Juge en chef Dixon dans l'arrêt *Cardy*. Un tel devoir, lorsqu'il existe, est limité, dans le cas d'adultes, à un devoir d'avertissement. Dans le cas d'enfants quelque chose de plus peut être requis. L'existence d'un devoir dépendra des circonstances spéciales de chacun.

I now turn to consider whether or not such a duty existed on the part of the Company towards Veinot.

Je passe maintenant à la question de savoir si un tel devoir existait pour la compagnie envers Veinot.

The only danger which existed upon the Company's land, which is comparable to the live electrical rail in *Herrington*, the electrical cable in *Cooper*, and the beds of hot ash in *Cardy*, was the presence there of high explosives. Warning notices were posted at the powder magazines, and a warning notice was posted by the road inside the gate. The gate itself was put in place as a means of excluding unauthorized access to the private road to the powder magazines and was itself a notice by the Company that entry upon its premises was unauthorized.

Le seul danger qui existait sur le terrain de la Compagnie, et qui est comparable au rail électrifié de l'arrêt *Herrington*, au câble électrique de l'arrêt *Cooper*, et aux couches de cendre chaude de l'arrêt *Cardy*, était la présence à cet endroit d'explosifs de rupture. Des avertissements avaient été affichés sur l'emplacement de la poudrière, et un avertissement avait été affiché près du chemin à l'intérieur de la barrière. La barrière elle-même était mise en place comme moyen d'interdire aux personnes non autorisées l'accès du chemin privé menant à la poudrière et

It had existed, to serve this function, for nearly twenty years prior to Veinot's accident.

It was contended on behalf of Veinot that the Company had created a danger by placing the pipe, unmarked, across its highway. This submission involves the proposition that the existence of something on the Company's land which had been there for some twenty years, during which it was not a danger, became a danger because of the special use made of the Company's land by Veinot in the operation of his snowmobile. In substance, it means that because he elected to make use of the Company's land, not for walking, but to operate a motor driven vehicle, at night, at a speed of some 15 to 20 miles an hour, the Company, because of that fact, permitted the existence of a danger on its land.

I have not overlooked the finding of the jury that the pipe constituted a concealed or hidden danger or trap, but that finding was, by the terms of the question to which it was an answer, predicated upon a finding of an implied permission for Veinot to operate his snowmobile on the Company's land and it has no force when taken out of that context.

I have already cited the passage from the judgment of Lord Atkin in the *Hillen* case, quoted by Lord Pearson in the *Herrington* case, which makes it clear that, even in respect of an invitee, the occupier's duty does not extend to a situation where the invitee makes use of the premises for a purpose not authorized by the invitation. We were not referred to any authority which would require an occupier to take steps to warn or protect a trespasser who drives a vehicle over the occupier's land at a speed which makes some condition existing on the premises dangerous to him, because of the speed at which he is travelling, but which, to others, does not constitute a danger at all.

constituait en elle-même un avis de la Compagnie selon lequel l'entrée sur son terrain n'était pas autorisée. Elle avait existé, à telle fin, durant les vingt années qui ont précédé l'accident de Veinot.

On a prétendu au nom de Veinot que la Compagnie avait créé un danger en plaçant le tuyau, non marqué, en travers de sa grande voie. Cette prétention implique le principe que l'existence sur le terrain de la Compagnie de quelque chose qui avait été là pendant vingt années, au cours desquelles ce quelque chose n'a pas été un danger, est devenue un danger du fait de l'usage spécial que Veinot a fait du terrain de la Compagnie en conduisant sa motoneige. En substance, cela veut dire que parce qu'il a choisi d'utiliser le terrain de la Compagnie, non pas pour marcher, mais pour conduire un véhicule à moteur, la nuit, à une vitesse de quelque 15 ou 20 milles à l'heure, la Compagnie, à cause de cela, a permis l'existence d'un danger sur son terrain.

Je n'ai pas manqué de tenir compte de la conclusion du jury selon laquelle le tuyau constituait un danger dissimulé ou caché ou un piège, mais cette conclusion était, de par les termes de la question à laquelle elle répondait, axée sur une conclusion suivant laquelle une permission implicite avait été donnée à Veinot pour conduire sa motoneige sur le terrain de la Compagnie, et elle n'a pas de force lorsqu'on la sort de ce contexte.

J'ai déjà cité le passage du jugement de Lord Atkin dans l'arrêt *Hillen*, cité par Lord Pearson dans l'arrêt *Herrington*, qui fait voir clairement que, même à l'égard d'un invité, le devoir de l'occupant ne va pas jusqu'à couvrir une situation dans laquelle l'invité utilise les lieux pour une fin qui n'est pas autorisée par l'invitation. On ne nous a signalé aucun précédent exigeant d'un occupant de prendre des mesures pour avertir ou protéger un *trespasser* qui conduit un véhicule sur le terrain de l'occupant à une vitesse qui rend une condition existant sur les lieux dangereuse pour lui, vu sa vitesse, alors que cette condition, pour d'autres, ne constitue pas du tout un danger.

I have dealt with the question of there being a dangerous situation on the premises. Even if such a situation does exist, the duty of the occupier to a trespasser can only arise if he knew of the presence of the trespasser upon his land or, to quote Lord Reid in the *Cooper* case (p. 98), "when he knows facts which shew a substantial chance that they (*i.e.*, trespassers) may come there". I have already referred to the absence of any evidence to establish any knowledge by the Company that anyone had operated a snowmobile, as Veinot did, along the private road from the powder magazine area to the gate.

In conclusion, it is my opinion that there is no analogy between the circumstances of this case and those under consideration in *Herrington* and in *Cooper*. The former case involved injuries to a six-year-old boy; the latter involved injuries to a boy of thirteen. Veinot is an adult.

In *Herrington* the defendant maintained a live electric rail on its railway line running between two public areas where children played. In *Cooper* the defendant had created a situation highly dangerous to human life, *i.e.*, a high tension line in too close proximity to the ground, where the proximate presence of children was to be expected by it. In the present case the Company maintained a pipe, acting as a gate, to protect its premises, which would only prove to be a danger to a person travelling at night, at some speed, in a snowmobile, of whose potential presence there were no facts to warn the Company.

In my opinion the appeal should be dismissed with costs.

The judgment of Pigeon and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J.—I agree with Dickson J.'s conclusions on the basis that there was evidence to support the findings of the jury. I prefer to express no opinion on the other questions.

J'ai traité de la question de l'existence d'une situation dangereuse sur les lieux. Même si une telle situation existe effectivement, le devoir de l'occupant envers un *trespasser* ne peut naître que s'il connaît la présence du *trespasser* sur son terrain ou, pour citer Lord Reid dans l'arrêt *Cooper* (p. 98), [TRADUCTION] «lorsqu'il connaît des faits qui montrent qu'il y a une chance substantielle qu'ils (c.-à-d., les *trespassers*) y viennent». J'ai déjà parlé de l'absence de toute preuve par laquelle établir que la Compagnie ait été au courant d'incursions de motoneigistes qui auraient emprunté le chemin privé de la poudrière à la barrière, comme Veinot.

En conclusion, c'est mon avis qu'il n'y a aucune analogie entre les circonstances de l'espèce présente et celles qui ont été étudiées dans l'arrêt *Herrington* et dans l'arrêt *Cooper*. Le premier a trait à des blessures qu'avait subies un garçon de six ans; le second a trait à des blessures subies par un garçon de treize ans. Veinot est un adulte.

Dans l'arrêt *Herrington* le défendeur avait gardé un rail électrifié sur sa voie ferrée entre deux zones publiques où des enfants jouaient. Dans l'arrêt *Cooper* la défenderesse avait créé une situation hautement dangereuse pour la vie humaine, soit une ligne à haute tension qui était trop proche du sol, où la présence proche d'enfants était à prévoir. Dans la présente espèce la Compagnie a gardé un tuyau, servant de barrière, pour protéger ses lieux, ce qui ne pouvait s'avérer dangereux que pour une personne voyageant la nuit, à une certaine vitesse, dans une motoneige, dont aucun fait n'avait signalé la présence potentielle à la Compagnie.

A mon avis l'appel doit être rejeté avec dépens.

Le jugement des Juges Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Je souscris aux conclusions de M. le Juge Dickson pour le seul motif qu'il y avait preuve à l'appui du verdict du jury. Je préfère ne pas me prononcer sur les autres questions.

*Appeal allowed, judgment at trial restored, with costs,* MARTLAND, JUDSON, RITCHIE *and* DE GRANDPRÉ JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fasken & Calvin, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: McGarry & McKeon, Toronto.*

*Appel accueilli, jugement du juge de première instance rétabli, avec dépens, les* Juges MARTLAND, JUDSON, RITCHIE *et* DE GRANDPRÉ *étaient dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Fasken & Calvin, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: McGarry & McKeon, Toronto.*

**Marcel Bilodeau** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**A. Bergeron et Fils Ltée** (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

**Dominion Ready Mix Inc.** (*Defendant*) *Respondent.*

1973: February 13; 1974: June 21.

Present: Fauteux C. J. and Abbott, Martland, Pigeon and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Contract—Construction—Contract concluded by contractor with civil engineer and concrete company—Concrete not in accordance with specifications—Damages—Liability—Extent and nature.*

The contractor, A. Bergeron et Fils Ltée, undertook by contract with the Quebec Department of Highways to build a viaduct in accordance with plans and specifications. The specifications indicated the composition and properties of the concrete to be used in constructing the girders of the viaduct, and required that the contractor retain, for himself and at his own expense, the services of a civil engineer to make laboratory analyses and supervise the various stages of preparation of the concrete. Accordingly the contractor, Bergeron, concluded a contract with respondent Dominion Ready Mix Inc., which undertook to supply him with concrete in accordance with the specifications, and another contract with appellant, a civil engineer, who assumed the supervision duties. Five girders were refused by the engineer Mayrand, the representative of the Department for accepting or refusing construction work, because the concrete did not conform to the standards set in the specifications. The contractor was required to replace these girders, and told appellant and Ready Mix that he was holding them liable for the damages suffered by him as a result. As no agreement was reached between the parties, Bergeron brought an action against Ready Mix, appellant and Mayrand. The Superior Court dismissed the action with respect to Mayrand, but ordered appellant and Ready Mix jointly and severally to pay Bergeron $18,305.63 damages, ordering set-off as between this debt and the debts owed to each of the defendants, and held that Ready Mix should ultimately bear the whole weight

**Marcel Bilodeau** (*Défendeur*) *Appelant*;

**et**

**A. Bergeron et Fils Ltée** (*Demanderesse*) *Intimée*;

et

**Dominion Ready Mix Inc.** (*Défenderesse*) *Intimée.*

1973: le 13 février; 1974: le 21 juin.

Présents: Le Juge en chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Pigeon et Laskin.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Contrat—Construction—Contrats conclus par entrepreneur avec ingénieur civil et compagnie de béton—Béton non conforme au devis—Dommages—Responsabilité—Étendue et nature.*

L'entrepreneur A. Bergeron et Fils Ltée s'engagea par contrat avec le ministère de la Voirie du Québec à ériger suivant plans, cahiers des charges et devis, un viaduc. Les devis prévoyaient la composition et les propriétés du béton à employer pour la confection des poutres du viaduc et exigeaient que l'entrepreneur retienne, pour lui-même et à ses frais, les services d'un ingénieur civil chargé de l'étude en laboratoire et de la surveillance des diverses étapes de la préparation du béton. Ainsi l'entrepreneur Bergeron conclut un contrat avec l'intimée Dominion Ready Mix Inc. laquelle s'engagea à livrer du béton conforme aux spécifications des devis, et un autre contrat avec l'appelant, ingénieur civil, qui assuma l'obligation de la surveillance. Or, cinq poutres furent refusées par l'ingénieur Mayrand chargé par le Ministère d'accepter ou refuser les ouvrages en construction, parce que le béton utilisé n'était pas conforme aux spécifications prévues aux devis. L'entrepreneur dut procéder au remplacement de ces poutres et avisa l'appelant ainsi que Ready Mix qu'il les tenait responsables des dommages en résultant. En l'absence d'entente entre les parties, Bergeron intenta une action contre Ready Mix, l'appelant et Mayrand. La Cour supérieur rejeta l'action quant à Mayrand mais condamna l'appelant ainsi que Ready Mix conjointement et solidairement à payer $18,305.63 à titre de dommages à Bergeron, déclarant cette créance compensée jusqu'à concurrence des créances de chaque défendeur envers lui, et jugea que Ready Mix devait ultimement porter tout le poids de la réparation étant

of compensation, since as between Bilodeau and Ready Mix the former was only secondarily liable. The Court of Appeal disposed of the appeals of Bilodeau and Ready Mix, and affirmed the judgment of the Superior Court, except that in contrast with the latter, the Court held that Ready Mix and Bilodeau should bear, as between themselves, an equal share of the liability. Bilodeau is appealing this decision.

*Held*: The appeal against A. Bergeron et Fils Ltée should be dismissed; the appeal against Dominion Ready Mix Inc. should be allowed only to the extent of reinstating the reserve in the Superior Court judgment.

Appellant did not establish that there was any fundamental error in the concurrent findings arrived at on the facts by the two provincial courts. There is therefore no reason to intervene on the facts as found, which justify the Court ordering appellant and respondent Ready Mix to make compensation for the damage.

As to the reserve made in the trial judgment, it is sound. This is an action for contractual damages brought by A. Bergeron & Fils Ltée against two defendants for failure to perform distinct, different and mutually exclusive obligations which each, by separate agreement with the plaintiff, has assumed towards the latter: Ready Mix having undertaken, *inter alia*, to deliver to the site concrete having a specified property, and Bilodeau having undertaken, *inter alia*, to accept on the site only concrete of this type. By failure to perform the obligation relevant to him, each party caused the whole damage, and must compensate the contractor, by whom it was sustained, for all the loss. However this fact does not necessarily mean that a real joint and several bond exists between them. They were not jointly and severally bound, whether by contract, expressly or implicitly, or by the law, to provide what each had separately contracted for with the contractor. With respect to Ready Mix, Bilodeau was a third party, bound by no obligation to the latter, and the contract for supervision concluded between Bilodeau and the contractor in no way relieved Ready Mix of the obligation it had undertaken toward him to make and deliver such concrete.

*The Century Indemnity Company v. W. G. Rogers and Anna Fitzgerald*, [1932] S.C.R. 529; *City of Verdun v. Sun Oil Company Ltd.*, [1952] 1 S.C.R. 222, referred to.

donné qu'entre Bilodeau et Ready Mix la responsabilité du premier n'était qu'à titre secondaire. La Cour d'appel disposa des appels de Bilodeau et Ready Mix en confirmant le jugement de la Cour supérieure, sauf, contrairement à cette dernière, en jugeant qu'entre eux Ready Mix et Bilodeau devaient porter une part égale de responsabilité. Bilodeau en appelle de cette décision.

*Arrêt*: L'appel contre A. Bergeron et Fils Ltée doit être rejeté; l'appel contre Dominion Ready Mix Inc. doit être accueilli seulement pour rétablir la réserve du jugement de la Cour supérieure.

L'appelant n'a pas démontré que les conclusions concordantes auxquelles les Cours provinciales en sont venues sur les faits étaient entachées d'erreurs fondamentales. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir sur les faits retenus qui justifient que l'appelant aussi bien que l'intimée Ready Mix soit condamné à la réparation du dommage.

Quant à la réserve faite au jugement de première instance, elle est bien fondée. Il s'agit ici d'une action pour dommages contractuels dirigée par A. Bergeron & Fils Ltée contre deux défendeurs pour inexécution d'obligations distinctes, différentes et mutuellement exclusives que chacun, par contrat séparé intervenu entre lui et la demanderesse, avait assumées envers celle-ci: Ready Mix s'étant notamment engagée a livrer au chantier un béton ayant une propriété déterminée et Bilodeau s'étant notamment engagé à n'accepter au chantier qu'un béton ayant cette propriété. Par l'inexécution de l'obligation qui lui était propre, chacun d'eux a causé l'entier dommage et est tenu, à l'égard de l'entrepreneur qui l'a subi, à la réparation intégrale du préjudice. Cependant il ne s'ensuit pas qu'il existe un véritable lien de solidarité entre les deux. Ils n'étaient pas tenus solidairement, soit par contrat, expressément ou implicitement, ou par la loi, à l'exécution des prestations différentes auxquelles chacun d'eux s'était séparément engagé envers l'entrepreneur. Vis-à-vis la compagnie Ready Mix, Bilodeau était un tiers n'ayant à l'endroit de celle-ci aucune obligation et le contrat de surveillance intervenu entre lui et l'entrepreneur ne dégageait en rien la compagnie Ready Mix de l'obligation qu'elle avait contractée de lui fabriquer et livrer ce béton.

Arrêts mentionnés: *The Century Indemnity Company c. W. G. Rogers and Anna Fitzgerald*, [1932] R.C.S. 529; *City of Verdun c. Sun Oil Company Ltd.*, [1952] 1 R.C.S. 222.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec[1], affirming a judgment of the Superior Court, except with regard to a reserve made in the judgment of the latter. Appeal allowed only to the extent of reinstating this reserve.

*O. Laflamme, Q.C.*, for the defendant, appellant.

*André Gagnon, Q.C.*, for the defendant, respondent.

*André Trotier, Q.C.*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The following is a brief summation of the basic facts and proceedings giving rise to this appeal.

Respondent A. Bergeron et Fils Ltée, hereinafter referred to as the contractor or Bergeron, undertook by contract with the Quebec Department of Highways to build, in accordance with plans and specifications, a viaduct at the intersection of the Trans-Canada Highway and Highway 49, at St-Joseph-de-Brandford, county of Nicolet.

The specifications, prepared on behalf of the Department, indicated, among other things, the composition and properties of the concrete to be used in constructing, on the site of the proposed viaduct, the twelve main girders to be included in the viaduct, and further required the contractor to retain, for himself and at his own expense, the services of a civil engineer to make laboratory analyses and supervise the various stages of preparation of the concrete.

Pursuant to the foregoing agreement, the contractor Bergeron concluded a contract with respondent Dominion Ready Mix Inc., hereinafter referred to as Ready Mix, which undertook to supply him with concrete in accordance with the specifications, and another contract with appellant Marcel Bilodeau, a civil engineer doing business under the firm name of Sondage et Laboratoire du Québec Enr., who assumed the supervision duties.

[1] [1972] C.A. 108.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec[1], confirmant un jugement de la Cour supérieure, sauf quant à une réserve faite au jugement de cette dernière. Appel accueilli aux fins seulement de rétablir cette réserve.

*O. Laflamme, c.r.*, pour le défendeur, appelant.

*André Gagnon, c.r.*, pour la défenderesse, intimée.

*André Trotier, c.r.*, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Voici sommairement résumés les faits et procédures essentiels donnant lieu à ce pourvoi.

L'intimée A. Bergeron et Fils Ltée, ci-après appelée l'entrepreneur ou Bergeron, s'engagea par contrat avec le ministère de la Voirie du Québec à ériger suivant plans, cahiers des charges et devis, un viaduc à l'intersection de la Route Transcanadienne et de la Route 49, à St-Joseph de Blandford, comté de Nicolet.

Les devis, préparés pour le compte du Ministère, prévoyaient notamment la composition et les propriétés du béton à employer pour la confection, au chantier du viaduc projeté, de douze poutres principales que devait comporter ce viaduc et exigeaient de plus que l'entrepreneur retienne, pour lui-même et à ses frais, les services d'un ingénieur civil chargé de l'étude en laboratoire et de la surveillance des diverses étapes de la préparation du béton.

Suite à la convention ci-dessus, l'entrepreneur Bergeron conclut un contrat avec l'intimée Dominion Ready Mix Inc., ci-après appelé Ready Mix, qui s'engagea à lui livrer un béton conforme aux spécifications des devis et un autre contrat avec l'appelant Marcel Bilodeau, ingénieur civil faisant affaires sous la raison sociale de Sondage et Laboratoire du Québec Enr., qui assume l'obligation de la surveillance.

[1] [1972] C.A. 108.

Construction of the viaduct began in the summer of 1963. The concrete was prepared at the Ready Mix factory, located at St-Romuald, about 45 miles from the construction site, and the mixing of this concrete took place in mixer trucks, during the journey from the factory to the site.

It so happened that five girders, made from the concrete delivered by Ready Mix and accepted by Bilodeau's employees, were refused by Marc Mayrand, the representative of the Department for accepting or refusing construction work, because the concrete did not conform to the standards set in the specifications, in that it did not have a resistance of 5,000 lbs. per square inch twenty-eight days after pouring. Bergeron was then required to replace these girders. He so apprised Ready Mix and Bilodeau, and told them he was holding them liable for the damages suffered by him as a result. As no agreement between them was found possible as to the recovery of the replacement cost, Bergeron brought an action against Ready Mix, Bilodeau and Mayrand.

In the Superior Court Mr. Justice Antoine Lacourcière exonerated Mayrand, the engineer, of all responsibility. As to the two other defendants, the learned judge held, with respect to the questions of fact, that it was an established and uncontradicted fact that the concrete used in constructing the five rejected girders did not conform to the standards set in the specifications, because it did not have a resistance of 5,000 lbs. per square inch twenty-eight days after pouring; that the principal and most likely cause of this deficiency, lay in the excessive mixing time, in summer, during the long journey of 45 miles in a heat which activated the setting; that such a deficiency was foreseeable and that it should and could have been prevented by adding a retardant to the concrete. With respect to the law, the trial judge considered that each of the two defendants had failed in the obligation he had undertaken towards the contractor Bergeron: Ready Mix, by not supplying con-

La construction du viaduc débuta au cours de l'été 1963. Le béton était préparé à l'usine de Ready Mix, sise à St-Romuald, soit à environ 45 milles du chantier de construction, et le malaxage de ce béton se faisait dans des camions à tambour durant le trajet de l'usine au chantier.

Or il arriva que cinq poutres fabriquées avec le béton livré par Ready Mix et accepté par les préposés de Bilodeau, furent refusées par Marc Mayrand, chargé par le Ministère d'accepter ou refuser les ouvrages en construction, parce que le béton n'était pas conforme aux spécifications prévues aux devis, en ce qu'il n'avait pas à 28 jours de la coulée une résistance de 5,000 livres au pouce carré. Bergeron dut alors procéder au remplacement de ces poutres. Il en notifia Ready Mix et Bilodeau et les avisa qu'il les tenait responsables des dommages lui en résultant. Aucune entente entre eux s'étant avéré possible quant à la récupération du coût de remplacement, Bergeron intenta une action à Ready Mix, Bilodeau et Mayrand.

En Cour supérieure, M. le Juge Antoine Lacourcière exonéra l'ingénieur Mayrand de toute responsabilité. En ce qui concerne les deux autres défendeurs, le savant Juge décida, quant aux questions de faits, qu'il était avéré et non contredit que le béton utilisé pour la confection des cinq poutres refusées n'était pas conforme aux spécifications prévues aux devis parce qu'il n'avait pas à 28 jours de la coulée une résistance de 5,000 livres au pouce carré; que la cause principale et la plus probable de cette déficience résidait dans la durée excessive du malaxage fait en été durant ce long trajet de 45 milles à une chaleur qui activa la prise du béton; qu'une telle déficience était prévisible; qu'on aurait pu et dû s'en prémunir par l'addition d'un retardatif au béton. En droit, le juge de première instance considéra que chacun des deux défendeurs avait ainsi manqué à l'obligation qu'il avait contractée vis-à-vis l'entrepreneur Bergeron: Ready Mix, d'une part, en ne

crete in accordance with the specifications, and Bilodeau, by improperly performing the supervision he had undertaken to perform. The Court dismissed the principal contention of Ready Mix that this deficiency in the concrete resulted primarily from improper curing by the contractor, and also dismissed the alternative contention of Ready Mix that if liability towards the contractor did exist, it rested exclusively with Bilodeau, whom he had hired as an inspector, and to whose orders and instructions Ready Mix was, as it alleged, subject. On this point the Court concluded, instead, that this hiring represented an additional guarantee to the contractor, which in no way relieved Ready Mix of its obligation to conform with the specifications, and that in addition Bilodeau had no contractual obligation to Ready Mix. The Court, disposing of the case, dismissed the action with respect to defendant Mayrand, condemned Ready Mix and Bilodeau jointly and severally to pay the contractor, Bergeron, the sum of $18,305.63 as damages, and ordered set-off as between this debt and the debts owed to each of the defendants respectively, by the latter. Finally, the Court held, as between Bilodeau and Ready Mix only, that the former was only secondarily liable, and that Ready Mix should ultimately bear the whole weight of compensation.

Two appeals were brought against the Superior Court judgment, one by Bilodeau and the other by Ready Mix; both contended that they had committed no fault and that the damages were exaggerated; Ready Mix contending also that the Court should have found both Bergeron and the inspector Bilodeau at fault.

The Court of Appeal, consisting of Hyde, Rinfret and Rivard JJ.A., disposed of these two appeals by holding that Ready Mix and Bilodeau were jointly and severally liable to the contractor Bergeron; in contrast with the decision of the lower court, however, the Court held that

livrant pas un béton conforme aux spécifications des devis, et Bilodeau, d'autre part, en omettant de faire adéquatement la surveillance qu'il s'était engagé à faire. La Cour rejeta la prétention principale de la compagnie Ready Mix voulant que cette déficience du béton dépendait en premier lieu d'un mûrissage non efficacement effectué par l'entrepreneur et rejeta aussi la prétention subsidiaire de Ready Mix voulant que s'il existait une responsabilité envers l'entrepreneur, cette responsabilité était exclusivement celle de Bilodeau qu'il avait engagé comme inspecteur et aux ordres et instructions duquel elle était, dit-elle, soumise. La Cour jugea plutôt que cet engagement constituait pour l'entrepreneur une assurance supplémentaire qui ne dégageait en rien la compagnie Ready Mix de l'obligation de se conformer aux spécifications, et que, de plus, Bilodeau n'avait à l'endroit d'icelle aucune obligation contractuelle. Disposant de l'affaire, la Cour rejeta l'action quant au défendeur Mayrand, condamna Ready Mix et Bilodeau conjointement et solidairement à payer à l'entrepreneur Bergeron la somme de $18,305.63 à titre de dommages, déclarant cette créance de l'entrepreneur compensée jusqu'à concurrence des créances que chacun des défendeurs avait respectivement contre lui. Enfin, la Cour détermina, pour ne valoir qu'entre Bilodeau et Ready Mix, que la responsabilité du premier n'était qu'à titre secondaire et que Ready Mix devait ultimement porter tout le poids de la réparation.

De là, deux appels à l'encontre de ce jugement de la Cour supérieure, soit celui de Bilodeau et celui de Ready Mix, tous deux prétendant n'avoir commis aucune faute et que les dommages accordés étaient exagérés, Ready Mix prétendant en plus qu'une faute aurait dû être retenue tant contre Bergeron que contre l'inspecteur Bilodeau.

La Cour d'appel, composée de MM. les Juges Hyde, Rinfret et Rivard, disposa de ces deux appels en jugeant qu'envers l'entrepreneur Bergeron, Ready Mix et Bilodeau étaient conjointement et solidairement responsables; mais, contrairement à la décision de première instance, la

Ready Mix and Bilodeau should each bear, as between themselves, an equal share of the liability.

Bilodeau alone appealed to this Court. Thus, to dispose of this appeal we need only determine whether appellant is also liable for the damages sustained by the contractor, and if so, what the nature and extent of the liability of Bilodeau and Ready Mix is, as between each of them.

On the first question:—In reasons for judgment concurred in by his colleagues, Rivard J.A. reviewed one by one the reasons given by the judge at trial, citing them *verbatim* and approving them, and found, as did the trial judge, that each of the defendants had failed in the specific obligation undertaken by him in respect of Bergeron, and that, *vis-à-vis* the latter, they were both jointly and severally liable for the damage sustained by him. Appellant did not establish that there was any fundamental error in the concurrent findings arrived at on the facts by the two provincial Courts. There is therefore no reason to intervene on the facts as thus found, which justify the Court ordering Bilodeau and Ready Mix to make compensation for the damage.

On the second question:—In the operative part of his judgment, the trial judge reserved to defendant Bilodeau any remedy he might have against defendant Ready Mix for any sum for which he might contribute in order to pay Bergeron, whether directly or through set-off. The Court of Appeal disagreed. It said that Ready Mix and Bilodeau had been guilty of identical and concomitant negligence, and that each should bear an equal share of the liability. With the greatest respect, I must say I consider that the reserve, made in the trial judgment, is sound. This is an action for contractual damages, brought by plaintiff A. Bergeron & Fils Ltée against two defendants for failure to perform distinct, different and mutually exclusive obligations which each, by a separate agreement with the plaintiff, had assumed towards the latter: Ready Mix having undertaken, *inter alia,*

Cour jugea qu'entre eux, Ready Mix et Bilodeau devaient porter une part égale de responsabilité.

Bilodeau est le seul à se pourvoir devant nous. Aussi bien suffit-il pour disposer de ce pourvoi de déterminer si l'appelant est aussi responsable des dommages subis par l'entrepreneur et, dans l'affirmative, quelle est la nature et l'étendue de la responsabilité de Bilodeau et de Ready Mix, à l'égard l'une de l'autre.

Sur la première question:—Dans des motifs de jugement auxquels ont souscrit ses collègues, M. le Juge Rivard a repris une à une, en les citant au texte et les approuvant, les raisons données par le juge au procès, pour conclure comme ce dernier que chacun des défendeurs avait manqué à l'obligation particulière qu'il avait assumée vis-à-vis l'entrepreneur Bergeron et qu'à l'égard de ce dernier, tous deux étaient conjointement et solidairement responsables du dommage qu'il avait subi. L'appelant ne nous a pas démontré que les conclusions concordantes auxquelles les deux Cours provinciales en sont venues sur les faits étaient entachées d'erreurs fondamentales. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir sur les faits qui ont été ainsi retenus et qui justifient que Bilodeau aussi bien que Ready Mix soit condamné à la réparation du dommage.

Sur la deuxime question:—Dans le dispositif de son jugement, le juge de première instance réserva au défendeur Bilodeau tout recours contre la défenderesse Ready Mix, pour tout montant pour lequel il aura contribué à payer Bergeron, tant par paiement direct que par le jeu de la compensation. La Cour d'appel ne fut pas d'accord. Ready Mix et Bilodeau, dit la Cour, ont commis des négligences identiques et concomitantes et chacun d'eux doit supporter une part égale de responsabilité. Avec le plus grand respect, je dois dire qu'à mon avis la réserve faite au jugement de première instance est bien fondée. Il s'agit ici d'une action pour dommages contractuels dirigée par la demanderesse A. Bergeron & Fils Ltée contre deux défendeurs pour inexécution d'obligations distinctes, différentes et mutuellement exclusives que chacun, par contrat séparé intervenu entre

to deliver to the site concrete having a resistance of 5,000 lbs. per square inch 28 days after pouring, and Bilodeau having undertaken, *inter alia*, to accept on the site only concrete of this type. By failure to perform the obligation relevant to him, each party caused the whole damage, and must compensate Bergeron, by whom it was sustained, for all the loss. The fact that the co-authors of the damage are each held liable for the whole does not necessarily mean that a real joint and several bond exists between them. Their respective obligations were undoubtedly intended to concur, though in totally different ways, to delivery of a concrete with the required properties. But joint and several liability is not presumed. Ready Mix and Bilodeau were not jointly and severally bound, whether by contract, expressly or implicitly, or by the law, to provide what each had separately contracted for with the contractor. It was properly held by the Superior Court, and subsequently by the Court of Appeal, that with respect to Ready Mix, Bilodeau was a third party, bound by no obligation to the latter, and that the contract for supervision, concluded between Bilodeau and the contractor,—which had been required by the Department as an additional precaution to ensure that the concrete used by the contractor in making the girders had the required properties—in no way relieved Ready Mix of the obligation it had undertaken toward him to make and deliver such concrete. Thus, I do not see how Ready Mix could validly require that, as between itself and Bilodeau, the burden of compensating for the damage be shared, or in other words, how it could fairly be heard to say to Bilodeau: "Because you failed to supervise me properly, and you were bound to do so by your undertaking to the contractor, you must share with me the burden of making compensation and, to that extent, relieve me of it".

As indicated above, Bilodeau is the only one who has appealed to this Court. His notice of appeal refers to the judgment which the Court

lui et la demanderesse, avait assumées envers celle-ci: Ready Mix s'étant notamment engagée à livrer au chantier un béton ayant une résistance de 5,000 livres au pouce carré à 28 jours de la coulée et Bilodeau s'étant notamment engagé à n'accepter au chantier qu'un béton ayant cette propriété. Par l'inexécution de l'obligation qui lui était propre, chacun d'eux a causé l'entier dommage et est tenu, à l'égard de Bergeron qui l'a subi, à la réparation intégrale du préjudice. De ce que les co-auteurs du dommage soient tenus responsables chacun pour le tout, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il existe un véritable lien de solidarité entre les deux. Sans doute, leur obligation respective devait concourir, bien que de façon totalement différente, à la livraison d'un béton ayant les propriétés requises. Mais la solidarité ne se présume pas. Ready Mix et Bilodeau n'étaient pas tenus solidairement, soit par contrat, expressément ou implicitement, ou par la loi, à l'exécution des prestations différentes auxquelles chacun d'eux s'était séparément engagé envers l'entrepreneur. La Cour supérieure et subséquemment la Cour d'appel ont statué à bon droit que vis-à-vis la compagnie Ready Mix, Bilodeau était un tiers n'ayant à l'endroit de celle-ci aucune obligation et que le contrat de surveillance intervenu entre lui et l'entrepreneur,—selon que l'avait exigé le Ministère comme précaution supplémentaire pour assurer que le béton employé par l'entrepreneur pour la confection des poutres ait les propriétés requises,—ne dégageait en rien la compagnie Ready Mix de l'obligation qu'elle avait contractée de lui fabriquer et livrer ce béton. Aussi bien, je ne vois pas comment la compagnie Ready Mix puisse validement exiger qu'entre elle et Bilodeau le fardeau de la réparation du dommage soit partagé ou, autrement dit, qu'elle puisse validement être admise à dire à l'inspecteur Bilodeau: «Parce que vous ne m'avez pas bien surveillée, ainsi que vous en aviez pris l'engagement vis-à-vis l'entrepreneur, vous devez partager avec moi le fardeau de la réparation et m'en libérer d'autant».

Comme ci-dessus indiqué, Bilodeau est le seul à s'être pourvu devant nous. Son inscription en appel se réfère au jugement que la Cour d'appel

of Appeal (record no. 8261) rendered on the appeal which he had lodged against the trial judgment. Dominion Ready Mix has not appealed from the Court of Appeal judgment pronounced on its appeal (record no. 8265) from the trial judgment. All the parties to the litigation are before the Court, as was the case in the two provincial Courts. The issues disputed before the Court are the same as those which were disputed in these two Courts and include, among others, the question whether, in respect of A. Bergeron & Fils Ltée, Bilodeau as well as Dominion Ready Mix Inc. should be condemned to make compensation for the damage and, in the affirmative, the question of the nature and extent of the liability of Bilodeau and Ready Mix, as between themselves. The reasons for judgment given in the Court of Appeal in support of the judgment rendered in the Bilodeau appeal, as well as in the Ready Mix appeal, are identically the same. Dismissal of Bilodeau's appeal implied dismissal of the submissions which he could make and must have made in support of the reserve made in the Superior Court judgment, in case his submissions on the matter of his liability to Bergeron were rejected. The parties before us have made the joint record, the factums and arguments as if the two Court of Appeal judgments were but one; they were free to so conduct their case and it would be unwarranted, in my opinion, to object to the application, in the circumstances, of the rule that parties to a litigation are bound by the manner in which they conducted their case. *The Century Indemnity Company and W. G. Rogers and Anna Fitzgerald*[2], at p. 536; *City of Verdun v. Sun Oil Company Ltd.*[3], at p. 231.

In the particular circumstances of this case, I would dispose of the appeal as follows: with respect to A. Bergeron & Fils Ltée, I would dismiss Bilodeau's appeal with costs against the latter; with respect to Dominion Ready Mix Inc., I would allow Bilodeau's appeal solely for the purpose of restoring the reserve made in the Superior Court judgment and allow him, against

[2] [1932] S.C.R. 529.
[3] [1952] 1 S.C.R. 222.

a prononcé sur son appel (dossier 8261) du jugement de première instance. Dominion Ready Mix n'a pas appelé du jugement que la Cour d'appel a prononcé sur son appel (dossier 8265) du jugement de première instance. Toutes les parties au litige sont devant nous comme elles l'étaient devant les deux Cours provinciales. Les questions débattues devant nous sont les mêmes que celles qui furent débattues devant ces deux Cours et comprennent, notamment, celle de savoir si, à l'égard de A. Bergeron & Fils Ltée, Bilodeau aussi bien que Dominion Ready Mix Inc. devaient être condamnés à la réparation du dommage et, dans l'affirmative, celle de déterminer la nature et l'étendue de la responsabilité de Bilodeau et de Ready Mix, à l'égard l'un de l'autre. Les raisons de jugement données en Cour d'appel au soutien du jugement prononcé dans l'appel de Bilodeau, aussi bien que dans l'appel de Ready Mix, sont identiquement les mêmes. Le rejet de l'appel de Bilodeau impliquait le rejet des prétentions qu'il pouvait et a dû faire valoir pour soutenir la réserve faite en Cour supérieure, au cas où ses prétentions sur la question de sa responsabilité envers Bergeron ne seraient pas admises. Les parties devant nous ont fait le dossier conjoint, les factums et les plaidoiries comme si les deux jugements de la Cour d'appel n'en faisaient qu'un; elles étaient libres d'ainsi conduire leur cause et il serait malvenu, à mon avis, de se plaindre qu'effet soit donné, dans les circonstances, à la règle voulant que les parties d'un litige sont liées par la manière suivant laquelle elles ont conduit leur cause. *The Century Indemnity Company and W. G. Rogers and Anna Fitzgerald*[2], à la p. 536; *City of Verdun c. Sun Oil Company Ltd.*[3], à la p. 231.

Dans les circonstances particulières à l'espèce, je disposerais du pourvoi comme suit: en ce qui concerne A. Bergeron & Fils Ltée, je rejetterais l'appel de Bilodeau avec dépens contre ce dernier; en ce qui concerne Dominion Ready Mix Inc., j'accueillerais l'appel de Bilodeau aux fins seulement de rétablir la réserve faite au jugement de la Cour supérieure et lui

[2] [1932] R.C.S. 529.
[3] [1952] 1 R.C.S. 222.

Dominion Ready Mix Inc., the costs of one appeal in this Court and in the Court of Appeal.

*Appeal against A. Bergeron & Fils Ltée dismissed with costs. Appeal against Dominion Ready Mix Inc. allowed with costs, for restoring the reserve made in the Superior Court.*

*Solicitors for the defendant, appellant: Langlois, Laflamme & Gaudreau, Quebec.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent: Gagné, Trotier, Letarte, LaRue, Royer & Tremblay, Quebec.*

*Solicitors for the defendant, respondent: Gagnon, de Billy, Cantin, Dionne & Lesage, Quebec.*

accorderais contre Dominion Ready Mix Inc. les dépens d'un seul appel en cette Cour et en Cour d'appel.

*Appel contre A. Bergeron & Fils Ltée rejeté avec dépens. Appel contre Dominion Ready Mix Inc. accueilli avec dépens, pour rétablir la réserve du jugement de la Cour supérieure.*

*Procureurs du défendeur, appelant: Langlois, Laflamme & Gaudreau, Québec.*

*Procureurs de la demanderesse, intimée: Gagné, Trotier, Letarte, LaRue, Royer & Tremblay, Québec.*

*Procureurs de la défenderesse, intimée: Gagnon, de Billy, Cantin, Dionne & Lesage, Québec.*

**Augdome Corporation Limited** *Appellant*;

and

**Ann Gray and Walter Williston** *Respondents*;

and

**New Augarita Porcupine Mines Limited** *Intervenant.*

1974: January 30, 31; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon and Dickson JJ.

*Contract—Interpretation—Omission of items from operative clause—Intention of the parties—Admissibility of evidence—Rectification.*

*Limitation of actions—Judgment date—Appeals—Reference to Master—Date of Master's report—The Limitations Act, R.S.O. 1970, c. 246, s. 45.*

The intervenant at a directors meeting passed a by-law to effect a sale "of its mining claims and all of its other assets of whatever nature and kind" to the appellant; and at a subsequent general meeting of shareholders of the intervenant a resolution was passed approving, ratifying and confirming the said by-law. The formal agreement drawn up as between the intervenant as vendor and the appellant as purchaser was subsequently executed, bearing date July 5, 1957, and purported to sell " . . . the assets more particularly described as follows consisting of the mining claims located in the township of Tisdale in the District of Cochrane in the province of Ontario in consideration of . . ." without reference to other assets of the vendor. The question arose as to whether the interest in a judgment obtained by the vendor against James Joseph Gray, under whose last will and testament the respondents are the surviving executors, was effectively transferred to the purchaser. On the basis that the interest had passed, judgments were given to the effect that the purchaser could proceed in its own name and issue a writ of execution. Gray however successfully appealed to the Court of Appeal for Ontario which, having come to the conclusion that the agreement was not ambiguous, refused to consider extrinsic evidence.

*Held*: The appeal should be allowed with costs.

**Augdome Corporation Limited** *Appelante*;

et

**Ann Gray et Walter Williston** *Intimés*;

et

**New Augarita Porcupine Mines Limited** *Intervenante.*

1974: les 30 et 31 janvier; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon et Dickson.

*Contrat—Interprétation—Enumération incomplète dans la clause-dispositif—Intention des parties—Admissibilité de la preuve—Rectification.*

*Prescription des actions—Date du jugement—Appels—Renvoi au Master—Date du rapport du Master—The Limitations Act, R.S.O. 1970, c. 246, art. 45.*

L'intervenante adopta, à une assemblée des administrateurs, un règlement en vue de la vente «de ses claims miniers et de tous ses autres avoirs de quelque nature et de quelque sorte qu'ils soient» à l'appelante; et, subséquemment, à une assemblée générale des actionnaires de l'intervenante, une résolution a été adoptée approuvant, ratifiant et confirmant ledit règlement. La convention formelle rédigée entre l'intervenante à titre de vendeur et l'appelante à titre d'acheteur, datée du 5 juillet 1957, a été par la suite signée et avait pour but de vendre «. . . les avoirs plus particulièrement décrits comme consistant en les claims miniers situés dans le canton de Tisdale, district de Cochrane, dans la province de l'Ontario, moyennant . . .» sans mention des autres avoirs du vendeur. La question en litige est de savoir si les droits dans le jugement obtenu par le vendeur contre James Joseph Gray, dont les intimés qui lui survivent sont les exécuteurs testamentaires, ont effectivement été transférés à l'acheteur. Selon la prémisse que les droits avaient été cédés, des jugements ont été rendus permettant à l'acheteur de procéder en son propre nom et d'obtenir l'ouverture des voies d'exécution. Cependant Gray a interjeté appel à la Cour d'appel d'Ontario et a obtenu gain de cause; étant venue à la conclusion que la convention n'était pas ambiguë, ladite Cour a refusé de prendre en considération la preuve extrinsèque.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être accueilli avec dépens.

*Per curiam*: The agreement of July 5, 1957, refers to the by-law and the recital indicates that the agreement was an effort to carry out the transaction approved in that by-law. Notwithstanding the omission from the operative clause of the agreement the intention is clear that the transfer was to be of those assets referred to in the by-law including the judgment which the vendor had against James Joseph Gray.

*Per* Laskin C.J. and Ritchie and Pigeon JJ.: Since the agreement of July 5, 1957, should be interpreted to operate as a transfer of the judgment it is not necessary to deal with the question of rectification of the agreement.

*Per* Martland, Judson, Spence and Dickson JJ.: There being more than sufficient evidence to permit the Court to rectify the agreement of July 5, 1957, rectification can be granted despite the fact that there was no claim in any action for it. There is no inflexible rule that rectification should not be granted on affidavit evidence but merely that such jurisdiction should be exercised with great caution. Furthermore no alleged third party rights of the late James Joseph Gray or his surviving executors should affect the right of the appellant or intervenant to rectification of the agreement.

As the judgment in issue did not become final and capable of immediate enforcement until after the abandonments of the appeals from the report of the Master *i.e.* at some date subsequent to June 29, 1954, the 20-year period of limitation (*The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, s. 45) affords no defence.

[*Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; *Butler v. Mountview Estates*, [1951] 2 K.B. 563; *Doel v. Kerr* (1915), 34 O.L.R. 251; *Bonhote v. Henderson*, [1895] 1 Ch. 742; *Wise v. Axford*, [1954] O.W.N. 822; *Powley v. Mickleborough* (1910), 21 O.L.R. 556; *Parks v. Simpson* (1915), 33 O.L.R. 382 referred to; *Borthwick v. Elderslie Steamship Company*, [1905] 1 K.B. 516 distinguished]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from orders of Morand J., refusing to quash an *ex parte* order to proceed, and of Donohue J., giving leave to issue executions. Appeal allowed, orders of Morand J. and Donohue J. restored, with costs.

*La Cour*: La convention du 5 juillet 1957 se réfère au règlement et l'attendu indique que la convention avait pour but d'exécuter le marché approuvé dans ce règlement-là. Même si la clause-dispositif de la convention ne le mentionne pas, il est évident que l'intention était de transférer les avoirs mentionnés dans le règlement, y compris le jugement que le vendeur avait contre James Joseph Gray.

*Le* Juge en chef Laskin et *les* Juges Ritchie et Pigeon: Puisque la convention du 5 juillet 1957 doit être interprétée comme ayant pour effet de transférer le jugement, il n'est pas nécessaire de traiter de la question de rectification de la convention.

*Les* Juges Martland, Judson, Spence et Dickson: La preuve étant plus que suffisante pour permettre à la Cour de rectifier la convention du 5 juillet 1957, la rectification peut être accordée même si elle ne fait l'objet d'aucune demande dans les procédures. Il n'y a pas de règle inflexible empêchant que la rectification soit accordée sur la base d'une preuve par déclarations sous serment, mais simplement qu'un tel pouvoir doit être exercé avec grande prudence. De plus aucun droit des tiers de feu James Joseph Gray ou de ses exécuteurs survivants ne devrait porter atteinte au droit de l'appelante ou de l'intervenante de rectifier la convention.

Comme le jugement en cause n'est devenu final et susceptible d'exécution immédiate qu'après que les appels à l'encontre du rapport du Master ont été abandonnés, c.-à-d., à une date quelconque postérieure au 29 juin 1954, la prescription de 20 ans (*The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, art. 45) n'est pas opposable.

[Arrêts mentionnés: *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; *Butler v. Mountview Estates*, [1951] 2 K.B. 563; *Doel v. Kerr* (1915), 34 O.L.R. 251; *Bonhote v. Henderson*, [1895] 1 Ch. 742; *Wise v. Axford*, [1954] O.W.N. 822; *Powley v. Mickleborough* (1910), 21 O.L.R. 556; *Parks v. Simpson* (1915), 33 O.L.R. 382. Distinction faite avec l'arrêt *Borthwick v. Elderslie Steamship Company*, [1905] 1 K.B. 516]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario accueillant un appel d'une ordonnance du Juge Morand refusant l'annulation de l'ordre de procéder donné ex parte et de l'ordonnance du Juge Donohue autorisant l'ouverture des voies d'exécution. Pourvoi accueilli, ordonnances des Juges Morand et Donohue rétablies, avec dépens.

*Michael Armstrong*, and *Thomas R. Hawkins*, for the appellant.

*W. A. Kelly*, for the respondents.

The judgment of The Chief Justice and Ritchie and Pigeon JJ. was delivered by

RITCHIE J.—I agree with Mr. Justice Spence that the agreement of July 5, 1957, which he has reproduced in his reasons for judgment, should be interpreted to operate as a transfer to Augdome Corporation Limited of the judgment which New Augarita Porcupine Mines Limited had against James Joseph Gray. In view of this conclusion, I do not find it necessary to deal with the question of rectification of the agreement.

In the result I would dispose of this appeal in the manner proposed by my brother Spence.

The judgment of Martland, Judson, Spence and Dickson JJ. was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on September 14, 1972. By that judgment, the Court of Appeal for Ontario allowed an appeal against the orders of Morand J. pronounced on April 11, 1972 and Donohue J. pronounced on March 23, 1972.

New Augarita Porcupine Mines Limited had obtained a judgment from MacFarlane J. on October 15, 1949 against James Joseph Gray. That judgment had been appealed to the Court of Appeal for Ontario and the latter Court varied the judgment by its judgment of March 3, 1950. Following a further appeal to the Judicial Committee of the Privy Council, the judgment was again varied by its judgment of March 24, 1952. The final paragraph of Lord Radcliffe's reasons for the Judicial Committee reads:

For these reasons their Lordships will humbly advise Her Majesty that the order of the Court of Appeal for Ontario of March 3, 1950, should be varied except so far as it deals with the costs of the

*Michael Armstrong*, et *Thomas R. Hawkins*, pour l'appelante.

*W. A. Kelly*, pour les intimés.

Le jugement du Juge en chef et des Juges Ritchie et Pigeon a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Je suis d'accord avec M. le Juge Spence que la convention du 5 juillet 1957, qu'il a reproduite dans ses motifs de jugement, doit être interprétée comme ayant pour effet de transférer à Augdome Corporation Limited le jugement que New Augarita Porcupine Mines Limited avait contre James Joseph Gray. En raison de cette conclusion, je ne crois pas nécessaire de traiter de la question de rectification de la convention.

En définitive je déciderais ce pourvoi de la manière proposée par mon collègue le Juge Spence.

Le jugement des Juges Martland, Judson, Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 14 septembre 1972. Cet arrêt a accueilli un appel interjeté à l'encontre d'ordonnances du Juge Morand (11 avril 1972) et du Juge Donohue (23 mars 1972).

New Augarita Porcupine Mines Limited a, le 15 octobre 1949, obtenu un jugement contre James Joseph Gray devant le Juge MacFarlane. Appel de ce jugement fut interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario, qui l'a modifié par un arrêt du 3 mars 1950. A la suite d'un appel subséquent au Comité judiciaire du Conseil privé, celui-ci a, par décision rendue le 24 mars 1952, modifié le jugement encore une fois. Le dernier alinéa des motifs rédigés au nom du Comité judiciaire par Lord Radcliffe se lit comme suit:

[TRADUCTION] Pour ces motifs, leurs Seigneuries recommanderont humblement à sa Majesté que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario du 3 mars 1950 soit modifié sauf à l'égard des dépens de l'action et des

action and the costs of the appeal before it, and that in lieu of the account of damages and judgment therefor directed by the said order there should be substituted an order to the following effect: (1) a Declaration that the defendant Gray is liable to account to the Plaintiff Company for the profit that he realized by the settlement agreement made on December 9, 1941; (2) an inquiry to ascertain what was the total of the sums for which defendant was accountable to the plaintiff at that date, the defendant being charged for the purposes of this inquiry with (a) all such profits as he had made by selling shares of the plaintiff issued to him without valid authority (b) all monies belonging to the plaintiff drawn by him and utilized for his own purposes together with interest on such monies or the profit realized by their use as the plaintiff may elect, and (c) all other monies which may have been owing by him to the plaintiff at that date; and (3) judgment for the plaintiff for the amount (if any) by which the total of the sums so ascertained exceeds the sum of $18,759.29 already paid by the defendant. Each party must bear his own costs of this appeal.

In accordance with those reasons Barlow J., on October 15, 1952, ordered that the enquiry thereby directed be referred to the Master of the Supreme Court of Ontario, Mr. F. G. Cushing, for trial. In *New Augarita Porcupine Mines Limited v. Gray*[1], Judson J., then a judge of the Supreme Court of Ontario, described that proceeding as follows:

> What has happened here is that this case has been sent back, in part at least, for a new trial and that this trial has been referred for convenience to the Master under s. 68(*b*) and (*c*) of *The Judicature Act*, R.S.O. 1950, c. 190. This is no mere reference to take an account. This is the trial of an action or issue of fact going on before the Master by order of this Court.

Cushing Master made his report which, by the date at the top, was made on Thursday, January 14, 1954. But in para. 7, the Master directed the recovery of interest and said para. reads in part:

[1] [1953] O.W.N. 24.

dépens de l'appel interjeté devant elle, et qu'au compte des dommages et jugement y afférent prescrits dans ledit arrêt soit substituée une ordonnance: (1) Déclarant que le défendeur Gray est comptable à la compagnie demanderesse pour les bénéfices qu'il a réalisés de par la convention de règlement intervenue le 9 décembre 1941; (2) ordonnant la tenue d'une enquête pour déterminer quel était le total des sommes pour lesquelles le défendeur était comptable à la demanderesse à cette date-là, le défendeur étant, pour les fins de cette enquête, débiteur (a) de tous les bénéfices réalisés par la vente d'actions qui lui ont été émises sans autorisation valide, (b) de tous les deniers de la demanderesse qu'il a retirés et dont il s'est servi à son propre usage, ainsi que de l'intérêt sur lesdits deniers ou, au choix de la demanderesse, des bénéfices qu'il a réalisés avec ces deniers, et (c) de toutes les autres sommes d'argent dont il a pu être redevable envers la demanderesse à cette date-là; et (3) statuant que la demanderesse aura droit au montant (s'il en est) par lequel le total des sommes déterminées de la façon ci-dessus excède la somme de $18,759.29 déjà payée par le défendeur. Chaque partie doit supporter ses propres dépens en l'appel.

Conformément à ces motifs, le Juge Barlow ordonna, le 15 octobre 1952, que l'enquête prescrite soit renvoyée au *Master* de la Cour suprême de l'Ontario, M. F. G. Cushing, pour audition de la preuve. Dans l'arrêt *New Augarita Porcupine Mines Limited v. Gray*[1], le Juge Judson, alors juge de la Cour suprême de l'Ontario, a décrit cette mesure comme suit:

> [TRADUCTION] En l'espèce, le dossier s'est trouvé à être, au moins partiellement, retourné pour nouveau procès, et pour des raisons de commodité le nouveau procès a été renvoyé au *Master* en vertu des al. *b*) et *c*) de l'art. 68 de *The Judicature Act*, R.S.O. 1950, c. 190. Il ne s'agit pas là d'un simple renvoi pour confection de compte. Il s'agit de l'instruction d'une demande ou question de fait, qui se tient devant le *Master* par suite d'une ordonnance de cette Cour.

Le *Master*, Cushing, a fait un rapport qui, selon la date apparaissant en tête dudit rapport, a été fait le jeudi, 14 janvier 1954. Mais au paragraphe 7, le *Master* ordonne le paiement des intérêts, et ledit paragraphe se lit en partie comme suit:

[1] [1953] O.W.N. 24.

. . . from the 9th day of December, 1941, to the 8th day of April 1954, being the date of signing of this my report . . .

I am of the opinion that April 8, 1954, and not January 14, 1954, must be taken as the date of that report. Both New Augarita Porcupine Mines Limited and James Joseph Gray served notice of appeal from that report and on the cover of the Notice of Motion of such appeal appears the endorsement:

Evidence not ready. Adjourned sine die to be brought on on five days notice, which notice may be given in long vacation, if necessary.

Neither of the appeals were ever formally disposed of and must now be considered abandoned.

On June 13, 1957, the directors of New Augarita Porcupine Mines Limited enacted By-Law No. 65. This By-Law I quote in full:

NEW AUGARITA PORCUPINE MINES LIMITED

(No Personal Liability)

BY-LAW NO. 65

being a By-Law providing for the Sale of All the

Company's Assets.

BE AND IT IS HEREBY ENACTED AS By-Law No. 65 of NEW AUGARITA PORCUPINE MINES LIMITED (No Personal Liability) as follows:

1. THAT the Company do sell all of its mining claims and all of its other assets of whatever nature and kind to Augdome Exploration Limited, and subject to the assumption of the liabilities by Augdome Exploration Limited, for the consideration of one fully paid and non-assessable share, with no fractions, of the capital stock of Augdome Exploration Limited, for every five fully paid

[TRADUCTION] . . . à compter du 9 décembre 1941 jusqu'au 8 avril 1954, date où j'ai signé le présent rapport . . .

Je suis d'avis que le 8 avril 1954, et non le 14 janvier 1954, doit être considéré comme la date de ce rapport. New Augarita Porcupine Mines Limited et James Joseph Gray signifièrent tous deux avis d'appel de ce rapport et sur l'endos de l'avis de requête de cet appel apparaît l'inscription suivante:

[TRADUCTION] On n'est pas encore prêt à soumettre la preuve. Ajournée *sine die* sauf à faire entendre sur préavis de cinq jours, lequel peut être donné durant les grandes vacances judiciaires, si nécessaire.

Aucun des deux appels n'a jamais été formellement décidé et on doit maintenant les considérer comme abandonnés.

Le 13 juin 1957, les administrateurs de New Augarita Porcupine Mines Limited ont adopté le règlement nº 65. Ce règlement, je le cite au complet:

[TRADUCTION]

NEW AUGARITA PORCUPINE MINES LIMITED

(No Personal Liability)

RÈGLEMENT Nº. 65

règlement relatif à la vente de tous les avoirs

de la compagnie.

QUE SOIT, CE QUI EST FAIT PAR LES PRÉSENTES, ADOPTÉ COMME Règlement nº 65 de NEW AUGARITA PORCUPINE MINES LIMITED (No Personal Liability) ce qui suit:

1. QUE la compagnie vende tous ses *claims* miniers et tous ses autres avoirs de quelque nature et quelque sorte qu'ils soient à Augdome Exploration Limited, et sous réserve de la prise en charge des dettes par Augdome Exploration Limited, moyennant une action entièrement libérée et non cotisable, sans fractions, du capital-actions de Augdome Exploration Limited, pour chaque tranche de

and non-assessable issued shares of the capital stock of New Augarita Porcupine Mines Limited (No Personal Liability), provided that any certificates when issued, representing any shares now held in escrow, shall be delivered to the Guaranty Trust Company, 70 Richmond Street West, Toronto, Ontario, to be held in escrow by it, subject to release pro-rata to the parties entitled thereto, only upon the written consents of the Ontario Securities Commission and a majority of the Directors of Augdome Exploration Limited.

2. THAT a Special General Meeting of the Shareholders of the Company be called and held at a time and place to be fixed by the Directors of the Company, as soon as may be convenient, for the purpose of considering and if deemed advisable, to approve, ratify and confirm the sale of the Company's mining claims and other assets of whatever nature and kind pursuant to the terms of this By-Law.

PASSED BY THE DIRECTORS of the Company this 13th day of June, 1957.

A resolution was passed at a general meeting of the shareholders of New Augarita Porcupine Mines Limited on July 4, 1957. That resolution I quote:

The Chairman then requested that a resolution be passed approving, ratifying and confirming the said By-Law No. 65.

UPON MOTION of acceptance by Mr. Magee, seconded by Mr. Hergott, and carried unanimously,

IT WAS RESOLVED that By-Law No. 65 enacted by the Directors on the 13th day of June, 1957, be and the same is hereby ratified, approved and confirmed.

On July 5, 1957, the directors of Augdome Exploration Limited now, by supplementary Letters Patent known as the appellant Augdome Corporation Limited, met at a meeting the minutes of which were produced in this litiga-

cinq actions entièrement libérées, émises et non cotisables du capital-actions de New Augarita Porcupine Mines Limited (No Personal Liability), à condition que tout certificat représentant des actions maintenant détenues en dépôt fiduciaire, lorsqu'il sera émis, soit livré à la Guaranty Trust Company, à 70 ouest rue Richmond, Toronto, Ontario, pour être détenu par ladite Guaranty Trust en dépôt fiduciaire, sous réserve de libération au *pro-rata* en faveur des parties y ayant droit, mais seulement avec le consentement écrit de la commission des valeurs mobilières de l'Ontario et d'une majorité des administrateurs de Augdome Exploration Limited.

2. QU'une assemblée générale spéciale des actionnaires de la compagnie soit convoquée et tenue à l'époque et à l'endroit à être déterminés par les administrateurs de la compagnie, aussitôt qu'il sera possible, dans le but d'étudier, et, si jugé opportun, d'approuver, ratifier et confirmer la vente des *claims* miniers et autres avoirs de la compagnie, de quelque nature et de quelque sorte qu'ils soient, conformément aux dispositions du présent règlement.

ADOPTÉ PAR LES ADMINISTRATEURS de la compagnie, ce 13ième jour de juin 1957.

Une résolution a été adoptée à une assemblée générale des actionnaires de New Augarita Porcupine Mines Limited, le 4 juillet 1957. Je cite cette résolution:

[TRADUCTION] Le président de l'assemblée a demandé qu'une résolution soit adoptée pour approuver, ratifier et confirmer ledit règlement n° 65.

SUR UNE MOTION d'acceptation proposée par M. Magee, secondée par M. Hergott, et adoptée à l'unanimité,

IL A ÉTÉ RÉSOLU que le règlement n° 65 adopté par les administrateurs le 13 juin 1957 soit, et il l'est pas les présentes, ratifié, approuvé et confirmé.

Le 5 juillet 1957, les administrateurs de Augdome Exploration Limited, maintenant appelée, en vertu de lettres patentes supplémentaires, Augdome Corporation Limited (l'appelante), se sont réunis à une assemblée dont le procès-ver-

tion. Those matters will be discussed in detail thereafter. Sufficient to quote here the resolution passed at the said directors meeting:

UPON MOTION regularly made, seconded and unanimously carried, IT WAS RESOLVED THAT the Company do purchase from New Augarita Porcupine Mines Limited (No Personal Liability) the assets of the said New Augarita Porcupine Mines Limited (N.P.L.) as set out in the draft agreeement between New Augarita Porcupine Mines Limited (No Personal Liability) and Augdome Exploration Limited dated the 5th day of July, 1957, on the terms and conditions as therein set forth, and that the President and Secretary of the Company be, and they are hereby authorized, instructed and empowered to execute the said Agreement on behalf of the Company and to affix thereunto its Corporate Seal.

A copy of the said draft agreement dated July 5th, 1957, was directed to be annexed to the Minutes of the Meeting.

At that meeting of the directors of Augdome Exploration Limited it was determined that a shereholders meeting should be held on July 19, 1957, for the purpose of confirming the said agreement dated July 5, 1957:

providing for the purchase of assets of New Augarita Porcupine Mines Limited consisting of certain mining claims . . .

Notice of that meeting of shareholders was sent out as verified by the secretary of Augdome Exploration Limited and the business cited in the Minutes of Meeting was to ratify and confirm an agreement of July 5, 1957:

providing for the purchase of all the assets of New Augarita Porcupine Mines Limited (No personal Liability) consisting of certain mining claims . . .

Such a meeting of shareholders of Augdome Exploration Limited was held on July 19, 1957. The minutes recite that the Chairman stated that the purpose of the meeting was approving and confirming an agreement dated July 5, 1957, between the Company and New Augarita Porcupine Mines Limited "regarding the purchase of

bal a été produit dans la présente cause. Ces matières seront étudiées en détail plus loin. Il suffit de citer ici la résolution adoptée à l'assemblée des administrateurs:

[TRADUCTION] SUR MOTION dûment proposée, secondée et appuyée à l'unanimité, IL A ÉTÉ RESOLU QUE la compagnie achète de New Augarita Porcupine Mines Limited (No Personal Liability) les avoirs de ladite New Augarita Porcupine Mines Limited (N.P.L.) tels qu'énumérés dans le projet de convention entre New Augarita Porcupine Mines Limited (No Personal Liability) et Augdome Exploration Limited daté du 5 juillet 1957, aux conditions spécifiées audit projet, et que le président et le secrétaire de la compagnie soient, et ils le sont pas les présentes, autorisés, mandatés et habilités pour signer ladite convention au nom de la compagnie et y apposer le sceau de la compagnie.

Une copie du projet de convention daté du 5 juillet 1957 devra être annexée au procès-verbal de l'assemblée.

A cette assemblée des administrateurs de Augdome Exploration Limited, il a été décidé de tenir une assemblée des actionnaires le 19 juillet 1957, dans le but de confirmer ladite convention du 5 juillet 1957:

[TRADUCTION] prévoyant l'achat d'avoirs de New Augarita Porcupine Mines Limited, consistant en certains *claims* miniers . . .

Un avis de convocation à cette assemblée des actionnaires a été envoyé, comme l'a confirmé le secrétaire de Augdome Exploration Limited, et le sujet traité à cette assemblée, selon le procès-verbal, était la ratification et l'approbation d'une convention en date du 5 juillet 1957:

[TRADUCTION] prévoyant l'achat de tous les avoirs de New Augarita Porcupine Mines Limited (No Personal Liability) consistant en certains *claims* miniers . . .

Cette assemblée des actionnaires de Augdome Exploration Limited a été tenue le 19 juillet 1957. Il est inscrit au procès-verbal que le président de l'assemblée a déclaré que le but de l'assemblée était l'approbation et la ratification d'une convention datée du 5 juillet 1957, passée entre la compagnie et New Augarita Porcupine

assets of the latter company". The chairman read to the meeting the agreement dated July 5, 1957, and also read Schedule B, being By-Law No. 65 of New Augarita Porcupine Mines Limited and Schedule C, being the resolution passed at the general meeting of July 4, 1957, which I have recited above. The resolution was simply that the purchase of mining claims from New Augarita Porcupine Mines Limited, as set forth in the agreement of July 5, 1957, be approved. That agreement between New Augarita Porcupine Mines Limited and Augdome Exploration Limited was executed on July 5, 1957. Despite the regrettable length of that document, I find it necessary to quote it in full:

THIS AGREEMENT made and entered into this 5th day of July, One thousand nine hundred and fifty seven,

BETWEEN:

*NEW AUGARITA PORCUPINE MINES LIMITED* (no personal liability) a Company duly incorporated under The Ontario Companies Act, hereinafter called the "Vendor"

*OF THE FIRST PART*

and

*AUGDOME EXPLORATION LIMITED* a Company duly incorporated under Part IV of The Corporations Act 1953 of Ontario, and having its Head Office at the City of Toronto in the Province of Ontario, hereinafter called the "Purchaser"

*OF THE SECOND PART*

WHEREAS the Vendor owns or controls those certain mining claims situated in the Township of Tisdale in the county of Cochrane in the Province of Ontario, more particularly set out as follows:

Mines Limited [TRADUCTION] «relativement à l'achat d'avoirs de cette dernière compagnie». Le président a lu à l'assemblée la convention datée du 5 juillet 1957, et il a lu également l'annexe B, soit le règlement nº 65 de New Augarita Porcupine Mines Limited, et l'annexe C, soit la résolution adoptée à l'assemblée générale du 4 juillet 1957, des textes que j'ai cités plus haut. La résolution de l'assemblée des actionnaires a consisté simplement en l'approbation de l'achat de *claims* miniers de New Augarita Porcupine Mines Limited conformément à la convention du 5 juillet 1957. Cette convention entre New Augarita Porcupine Mines Limited et Augdome Exploration Limited a été signée le 5 juillet 1957. Malgré la longueur regrettable de ce document, je considère nécessaire de le citer en son entier:

LA PRÉSENTE CONVENTION faite et conclue ce 5ième jour de juillet, mil neuf cent cinquante-sept,

ENTRE:

*NEW AUGARITA PORCUPINE MINES LIMITED* (No personal liability) une compagnie dûment constituée en vertu de The Ontario Companies Act, ci-après appelée le «Vendeur»

*PARTIE DE PREMIÈRE PART*

et

*AUGDOME EXPLORATION LIMITED* une compagnie dûment constituée en vertu de la partie IV de The Corporations Act, 1953 de l'Ontario, et ayant son siège social dans la ville de Toronto dans la province d'Ontario, ci-après appelée l' «Acheteur»

*PARTIE DE SECONDE PART*

ATTENDU QUE le Vendeur possède ou contrôle certains *claims* miniers situés dans le canton de Tisdale dans le comté de Cochrane dans la province d'Ontario, plus particulièrement décrits comme suit:

1860—SE¼-S½-Lot 1-Con 1
1861—SW¼-S½-Lot 1-Con 1
1862—NE¼-S½-Lot 1-Con 1
1863—NW¼-S½-Lot 1-Con 1
1864—SE¼-N½-Lot 1-Con 1
1865—SW¼-N½-Lot 1-Con 1
1866—NE¼-N½-Lot 1-Con 1
1867—NW¼-N½-Lot 1-Con 1
1868—SE¼-S½-Lot 1-Con 2
1909—SW¼-S½-Lot 2-Con 1
1910—NE¼-S½-Lot 2-Con 1
1911—NW¼-S½-Lot 2-Con 1
1912—N½-Lot 2-Con 1
1958—NE¼-S½-Lot 3-Con 1

AND WHEREAS the Vendor was duly incorporated and organized under the Ontario Companies Act, with capitalization of $4,000,000 divided into 4,000,000 shares of the par value of $1.00 each;

AND WHEREAS the Purchaser has been duly incorporated under Part IV of the Corporations Act 1953 of Ontario, with a capilization of $4,000,000 divided into 4,000,000 shares of a par value of $1.00 each, and has the right to sell its shares at a discount;

AND WHEREAS a By-Law was enacted at a meeting of the Directors of the Vendor Company held on the day of June, 1957, as a By-Law no. , and which by-law was subsequently approved and confirmed at a Special General Meeting of the Shareholders of the Vendor Company held on the 4th day of July, 1957, authorizing the sale of the assets of the Vendor Company, consisting of the mining claims as hereinabove enumerated on the terms and conditions hereinafter set forth;

AND WHEREAS the Purchaser has agreed to assume and pay all the outstanding liabilities of the Vendor Company;

AND WHEREAS it is agreed between the Vendor and the Purchaser that the maximum number of shares to be issued and alloted to the shareholders is not to exceed in amount 800,000 shares;

AND WHEREAS the Vendor has agreed to sell and the Purchaser has agreed to purchase the assets, more particularly described as follows:

1860—SE¼-S½-Lot 1-Conc. 1
1861—SO¼-S½-Lot 1-Conc. 1
1862—NE¼-S½-Lot 1-Conc. 1
1863—NO¼-S½-Lot 1-Conc. 1
1864—SE¼-N½-Lot 1-Conc. 1
1865—SO¼-N½-Lot 1-Conc. 1
1866—NE¼-N½-Lot 1-Conc. 1
1867—NO¼-N½-Lot 1-Conc. 1
1868—SE¼-S½-Lot 1-Conc. 2
1909—SO¼-S½-Lot 2-Conc. 1
1910—NE¼-S½-Lot 2-Conc. 1
1911—NO¼-S½-Lot 2-Conc. 1
1912—N½-Lot 2-Conc. 1
1958—NE¼-S½-Lot 3-Conc. 1

ET ATTENDU QUE le Vendeur est une compagnie dûment constituée et organisée en vertu de The Ontario Companies Act, et dotée d'un capital-actions de $4,000,000 réparti en 4,000,000 d'actions d'une valeur au pair de $1 chacune;

ET ATTENDU QUE l'Acheteur est une compagnie dûment constituée en vertu de la partie IV de The Corporations Act, 1953, de l'Ontario, et dotée d'un capital-actions de $4,000,000 réparti en 4,000,000 d'actions d'une valeur au pair de $1 chacune, et qu'il a le droit de vendre ses actions au rabais;

ET ATTENDU QU'un règlement a été adopté à une assemblée des administrateurs du Vendeur, tenue le jour de juin 1957, sous la désignation de règlement n° , et que ledit règlement a été subséquemment approuvé et confirmé à une assemblée générale spéciale des actionnaires du Vendeur, tenue le 4ième jour de juillet 1957, autorisant la vente des avoirs du Vendeur, consistant en les *claims* miniers tels qu'énumérés ci-dessus, conformément aux conditions stipulées ci-après;

ET ATTENDU QUE l'Acheteur a convenu d'assumer et de payer toutes les dettes non réglées du Vendeur;

ET ATTENDU QU'il est convenu entre le Vendeur et l'Acheteur que le nombre maximum des actions à être émises et réparties aux actionnaires ne devra pas dépasser 800,000;

ET ATTENDU QUE le Vendeur a accepté de vendre et que l'Acheteur a accepté d'acheter les avoirs, plus particulièrement décrits comme suit:

1860—SE¼-S½-Lot 1-Con 1
1861—SW¼-S½-Lot 1-Con 1
1862—NE¼-S½-Lot 1-Con 1
1863—NW¼-S½-Lot 1-Con 1
1864—SE¼-N½-Lot 1-Con 1
1865—SW¼-N½-Lot 1-Con 1
1866—NE¼-N½-Lot 1-Con 1
1867—NW¼-N½-Lot 1-Con 1
1868—SE¼-S½-Lot 1-Con 2
1909—SW¼-S½-Lot 2-Con 1
1910—NE¼-S½-Lot 2-Con 1
1911—NW¼-S½-Lot 2-Con 1
1912—N½-Lot 2-Con 1
1958—NE¼-S½-Lot 3-Con 1

WITNESSETH that in consideration of the premises that the mutual covenants and agreements hereinafter contained, it is agreed by and between the parties hereto as follows:—

1. The Vendor does hereby sell and the Purchaser does hereby purchase the assets more particularly described as follows consisting of the mining claims located in the township of Tisdale in the District of Cochrane in the Province of Ontario, in consideration of the allotment and issuance to the Shareholders of the Vendor Company, of one (1) fully paid and non-assessable share of capital stock of the Purchaser Company, with no fractions, for every five (5) issued fully paid and non-assessable share of the capital stock of the Vendor, provided that the maximum number of shares of the Purchaser Company to be issued therefor shall not exceed 800,000; PROVIDED further that the certificates representing shares to be issued for shares now held in escrow by the Premier Trust Company, 19 Richmond Street West, Toronto, Ontario, are to be held by it in escrow subject to release pro rata to the parties entitled thereto, only upon the written consents of the Ontario Securities Commission and a majority of the Directors of the Purchaser Company, and subject also to transfer, hypothecation, assignment or other alienation only on the written consent of the Ontario Securities Commission.

2. The Purchaser convenants and agrees to assume the cost and expenses, including all legal fees in connection with the sale and transfer of the assets of the Vendor to the Purchasr under the terms of this agreement.

3. The Purchaser further convenants and agrees to assume all the outstanding liabilities of the Vendor Company, at the date of the transfer of the mining claims to the Purchaser, under the terms of this agreement.

1860—SE¼-S½-Lot 1-Conc. 1
1861—SO¼-S½-Lot 1-Conc. 1
1862—NE¼-S½-Lot 1-Conc. 1
1863—NO¼-S½-Lot 1-Conc. 1
1864—NE¼-N½-Lot 1-Conc. 1
1865—SO¼-N½-Lot 1-Conc. 1
1866—NE¼-N½-Lot 1-Conc. 1
1867—NO¼-N½-Lot 1-Conc. 1
1868—SE¼-S½-Lot 1-Conc. 2
1909—SO¼-S½-Lot 2-Conc. 1
1910—NE¼-S½-Lot 2-Conc. 1
1911—NO¼-S½-Lot 2-Conc. 1
1912—N½-Lot 2-Conc. 1
1958—NE¼-S½-Lot 3-Conc. 1

ATTESTE que moyennant ce qui précède il est convenu par et entre les parties aux présentes des conventions et engagements qui suivent:—

1. Le Vendeur par les présentes vend et l'Acheteur par les présentes achète les avoirs plus particulièrement décrits comme consistant en les *claims* miniers situés dans le canton de Tisdale, dans le district de Cochrane, dans la province d'Ontario, moyennant répartition et émission aux actionnaires du Vendeur d'une (1) action entièrement libérée et non cotisable du capital-actions de l'Acheteur, sans fractions, pour chaque tranche de cinq (5) actions entièrement libérées, émises et non cotisables du capital-actions du Vendeur, sauf que le nombre maximum d'actions de l'Acheteur à être émises comme susdit ne doit pas dépasser 800,000; SAUF de plus que les certificats représentant les actions à être émises pour les actions actuellement détenues en dépôt fiduciaire par Premier Trust Company, au 19 ouest rue Richmond, Toronto, Ontario, seront détenus par ladite Premier Trust en dépôt fiduciaire, sous réserve de libération au *pro rata* en faveur des parties y ayant droit, mais seulement avec le consentement écrit de la commission des valeurs mobilières de l'Ontario et d'une majorité des administrateurs de l'Acheteur, et sous réserve aussi qu'il n'y aura de transfert, nantissement, transport ou autre acte d'aliénation qu'avec le consentement écrit de la commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

2. L'Acheteur s'engage et convient d'assumer les frais et déboursés, y inclus tous les honoraires juridiques relatifs à la vente et au transfert à l'Acheteur des avoirs du Vendeur conformément aux conditions de la présente convention.

3. L'Acheteur s'engage de plus à assumer toutes les dettes non réglées du Vendeur, à la date du transfert des *claims* miniers à l'Acheteur, conformément aux conditions de la présente convention.

4. The Vendor Company hereby represents and warrants that the said mining claims as set out hereinabove are all in good standing under the mining laws of the Province of Ontario applicable thereto, and that it has the right to deal therewith under the terms of the agreement, and will deliver a proper transfer of the same to the Vendor Company.

5. This transaction is to be completed as soon as possible, and a proper transfer of the mining claims as set out hereinabove to the agreement delivered to the Purchaser for registration and the shares of the Purchaser alloted to the shareholders of the Vendor Company.

6. This agreement shall enure to the benefit of and be binding upon the parties hereto and their successors and assigns respectively.

IN WITNESS WHEREOF the parties hereto have hereunto affixed their respective corporate seals under the hands of their proper officers authorized in that behalf, at the City of Toronto in the Province of Ontario.

SIGNED, SEALED and DELIVERED
in the presence of:

NEW AUGARITA PORCUPINE MINES LIMITED

(No Personal Liability)

per G. Buchanan.....
per F. Harold Cook .....
per J. Buchanan .....
per N. Murray.....

The respondent James Joseph Gray had been from the time of the judgment of the Judicial Committee, negotiating a settlement of the litigation between him and New Augarita Porcupine Mines Limited with the Directors of that Company and, after July 5, 1957, continued to negotiate the settlement with the Directors of Augdome Exploration Limited. Despite the fact that James Joseph Gray had testified in affidavits in this litigation that he had made a settlement of the litigation, Morand J., in his judgment found:

4. Le Vendeur par les présentes déclare et garantit que les exigences des lois minières de la province d'Ontario qui s'appliquent à tous lesdits *claims* miniers énumérés ci-dessus ont été remplies et qu'il a le droit de traiter à l'égard de ceux-ci conformément aux conditions de la présente convention, et qu'il remettra au Vendeur un acte de transfert passé en bonne et due forme.

5. Le présent marché devra être complété aussitôt que possible; un acte de transfert passé en bonne et due forme et portant sur les claims miniers tels qu'énumérés ci-dessus dans la présente convention devra être remis à l'Acheteur pour fin d'enregistrement et les actions de l'Acheteur devront être réparties aux actionnaires du Vendeur.

6. La présente convention sera exécutée à l'avantage des parties contractantes et liera celles-ci ainsi que leurs héritiers et ayants cause respectifs.

EN TÉMOIGNAGE DE QUOI les parties aux présentes, représentées par leurs fonctionnaires dûment autorisés, ont apposé à la présente convention leurs sceaux de compagnie respectifs, dans la ville de Toronto en la province d'Ontario.

SIGNÉ, SCELLÉ ET DÉLIVRÉ
en présence de:

NEW AUGARITA PORCUPINE MINES LIMITED

(No Personal Liability)

par G. Buchanan.....
par F. Harold Cook .....
par J. Buchanan .....
par N. Murray.....

Depuis que le jugement du Comité judiciaire avait été rendu, James Joseph Gray négociait avec les administrateurs de New Augarita Porcupine Mines Limited un règlement du litige l'opposant à cette compagnie-là, et, après le 5 juillet 1957, il a continué les négociations avec les administrateurs de Augdome Exploration Limited. Dans les déclarations sous serment produites en l'espèce présente, James Joseph Gray affirme qu'il a finalement conclu un règlement, mais dans son jugement M. le Juge Morand a tiré la conclusion suivante:

The other material filed, however, convinces me that while settlement was considered, the judgment was never paid or settled.

Percy B. Bishop who had been an executive officer in both New Augarita Porcupine Mines Limited and Augdome Exploration Limited, testified in his examination upon his affidavits that those negotiations for settlement proceeded until 1962. On April 29, 1965 the Letters Patent of the Corporation of New Augarita Porcupine Mines Limited were cancelled by the Provincial Secretary of the Province of Ontario and the Corporation was dissolved on June 1, 1965. On March 1, 1972, the appellant Augdome Corporation Limited, obtained an *ex parte* order to continue the action in its name. An application was made to have that order to proceed quashed and Morand J., by his order pronounced on April 9, 1972, dismissed that application to quash. Donohue J., by his order of March 23, 1972, had permitted the appellant, Augdome Corporation Limited, to issue execution upon the judgment of the Judicial Committee, dated March 24, 1952, "and the judgment report or the order of F. J. Cushing Master, dated 14th January, 1954". From both of those judgments the defendant, James Joseph Gray, appealed to the Court of Appeal and that Court of Appeal by its judgment, pronounced on September 14, 1972, ordered that the *ex parte* order to proceed, dated March 1, 1972, be set aside and that the application before Donohue J. for leave to issue execution be dismissed. The appellant, Augdome Corporation Limited, appealed to this Court.

The Legislature of the Province of Ontario, by statute, enacted the *New Augarita Porcupine Mines Limited Act* in 1973 which, in para. 1, provided:

1. New Augarita Porcupine Mines Limited, incorporated by letters patent dated the 13th day of May, 1936, is hereby revived and is, subject to any rights acquired by any person after its dissolution, hereby restored to its legal position as a company incorporated by letters patent, including all its property, rights, privileges and franchises and subject to all its

[TRADUCTION] Cependant les autres documents produits me convainquent que, bien qu'un règlement ait été considéré, le jugement n'a jamais été payé ou réglé.

Percy B. Bishop, qui avait été un agent excécutif de New Augarita Porcupine Mines Limited et aussi de Augdome Exploration Limited, a témoigné, lorsque interrogé sur les déclarations sous serment qu'il a signées, que les négociations pour un règlement s'étaient continuées jusqu'en 1962. Le 29 avril 1965, les lettres patentes de la compagnie New Augarita Porcupine Mines Limited ont été annulées par le secrétaire provincial de l'Ontario et la compagnie a été dissoute le 1er juin 1965. Le 1er mars 1972, l'appelante Augdome Corporation Limited a obtenu une ordonnance *ex parte* l'autorisant à continuer l'action en son nom à elle. Une requête a été présentée pour que cette ordonnance soit annulée, requête que le Juge Morand, par son ordonnance du 9 avril 1972, a rejetée. Le Juge Donohue, par son ordonnance du 23 mars 1972, avait permis à l'appelante Augdome Corporation Limited d'exécuter le jugement du Comité judiciaire du 24 mars 1952, [TRADUCTION] «ainsi que le rapport à fin de jugement ou l'ordonnance du *Master* F.J. Cushing, en date du 14 janvier 1954». De ces deux ordonnances le défendeur, James Joseph Gray, a interjeté appel à la Cour d'appel, et celle-ci, dans son jugement prononcé le 14 septembre 1972, a ordonné que soit infirmée l'ordonnance *ex parte* permettant de procéder, en date du 1er mars 1972, et que la requête présentée devant le Juge Donohue aux fins d'obtenir l'ouverture des voies d'exécution soit rejetée. L'appelante, Augdome Corporation Limited, en a appelé à cette Cour.

La législature de la province d'Ontario a adopté en 1973 une loi intitulée *New Augarita Porcupine Mines Limited Act*, dont le paragraphe 1 prévoit:

[TRADUCTION] 1. New Augarita Porcupine Mines Limited, constituée en corporation par lettres patentes en date du 13 mai 1936, est par les présentes remise en existence et est par les présentes, sous réserve de tout droit acquis par une personne après sa dissolution, rétablie dans son statut juridique de compagnie constituée par lettres patentes, de même que

liabilities, contracts, disabilities and debts as at the date of its dissolution in the same manner and to the same extent as if it had not been dissolved.

This Court, by its order of December 17, 1973, granted leave to New Augarita Porcupine Mines Limited to intervene in this appeal as if it were an appellant. New Augarita Porcupine Mines Limited entered into an agreement with Augdome Corporation Limited on July 4, 1973, whereby New Augarita as vendor assigned, transferred and set over to Augdome Corporation as purchaser all its assets of every nature and kind including all its right, title and interest in and to the action against James Joseph Gray. James Joseph Gray died on January 6, 1973. Ann Gray and Walter Williston, the surviving executors under his Last Will and Testament, have been added as respondents by suggestion.

The issues in this appeal are threefold. Firstly, did the agreement between New Augarita Porcupine Mines Limited and Augdome Exploration Limited (as it was then known) dated July 5, 1957, convey to the latter company the judgment against James Joseph Gray and all of New Augarita's rights in reference thereto? Secondly, if it did not so convey, are these two companies entitled now to rectification of the said agreement to carry out the transfer to Augdome all New Augarita's rights under the judgment against James Joseph Gray? Thirdly, in either case are those rights barred by the Statute of Limitations of the Province of Ontario?

Morand, J., in his reasons for refusal to quash the *ex parte* order to proceed stated very shortly:

I am also satisfied that there was an assignement of the judgment from New Augarita Mines Limited to Augdome Corporation Limited.

Arnup J.A., giving reasons in the Court of Appeal, said:

dans ses biens, droits, privilèges et franchises, et est assujettie à la totalité de ses obligations, contrats, incapacités et dettes à la date de sa dissolution, de la même manière et dans la même mesure que si elle n'avait pas été dissoute.

Cette Cour, par ordonnance du 17 décembre 1973, a autorisé New Augarita Porcupine Mines Limited à intervenir dans ce pourvoi comme si elle était une partie appelante. New Augarita Porcupine Mines Limited a conclu un accord avec Augdome Corporation Limited le 4 juillet 1973, en vertu duquel New Augarita à titre de vendeur a transporté, transféré et remis à Augdome Corporation à titre d'acheteur tous ses avoirs de quelque nature qu'ils soient, y inclus ses droits, titres et intérêts relatifs à l'action contre James Joseph Gray. James Joseph Gray est décédé le 6 janvier 1973. Ann Gray et Walter Williston, ses exécuteurs testamentaires qui lui survivent, ont été ajoutés par déclaration comme intimés.

Il y a en ce pourvoi trois questions en litige. Premièrement, la convention entre New Augarita Porcupine Mines Limited et Augdome Exploration Limited (selon son appellation d'alors) en date du 5 juillet 1957 a-t-elle transmis à cette dernière compagnie le jugement contre James Joseph Gray ainsi que tous les droits que New Augarita possédait en vertu dudit jugement? Deuxièmement, si il n'y a pas eu de transmission, ces deux compagnies ont-elles maintenant le droit de rectifier ladite convention pour effectuer le transport à Augdome de tous les droits que détenait New Augarita en vertu du jugement contre James Joseph Gray? Troisièmement, dans l'un ou l'autre cas, ces droits sont-ils prescrits par la loi de la province d'Ontario?

Le Juge Morand, dans ses motifs de refus d'annulation de l'ordonnance *ex parte* accordant l'autorisation de procéder, dit très brièvement:

[TRADUCTION] Je suis convaincu aussi qu'il y a eu transport du jugement de New Augarita Mines Limited à Augdome Corporation Limited.

Le Juge d'appel Arnup, exposant les motifs de la Cour d'appel, a dit:

Whatever its intention may have been by way of authorizing such a transaction, it is the view of all of us that such a transaction was not carried out by the agreement between the two companies. In our view, the terms of that agreement are not ambiguous. Unless they are ambiguous on their face or can be made to appear so by admissible external evidence then evidence either of the conduct of the parties to the agreement or of the direct intention of the parties is not admissible to vary the terms of the agreement, to which effect must be given in accordance with its terms.

Having come to the conclusion that the agreement was not ambiguous, the Court of Appeal therefore refused to consider the evidence as to the conduct of the parties and interpreted the agreement as plainly not including the transfer of the judgment from New Augarita to Augdome. With respect, I cannot come to that conclusion. I think one must have regard for the whole of that agreement in order to interpret the meaning of it. That is the reason why I found it necessary to quote the agreement in full. A most significant recital from the agreement is that which refers to the by-law of New Augarita enacted on June 13, 1957. As that recital indicates that the agreement was an effort to carry out the transaction approved in that by-law, I have also quoted in full by-law No. 65 and it will be noted that in both para. 1 and para. 2 of that by-law the company (New Augarita) is to sell all of its mining claims and all of its other assets of whatsoever nature and kind. It is perfectly true that the operative clause of the agreement provided that "the Vendor does sell and the Purchaser does hereby purchase the assets more particularly described as follows consisting of the mining claims . . .". I am, however, of the opinion that the agreement having specifically referred to the by-law, the intention is quite clear that the transfer was to be of those assets the confirmation of which was authorized by the by-law. Equally important provisions are those in para. 2 and 3 whereby the purchaser, that is, Augdome, agreed to pay all legal fees in connection with the sale and transfer of the assets and to assume all the outstanding liabili-

[TRADUCTION] Quelle qu'ait été son intention sur le plan d'une autorisation d'un marché semblable, nous sommes tous d'avis qu'un tel marché n'a pas été effectué par la convention intervenue entre les deux compagnies. Selon nous, les conditions de cette convention ne sont pas ambiguës. À moins qu'elles ne soient ambiguës à leur lecture même ou puissent être présentées comme telles par suite d'éléments de preuve externes qui soient recevables, la preuve soit du comportement des parties à la convention soit de l'intention directe des parties n'est pas recevable de façon à modifier les conditions de la convention, laquelle doit être appliquée conformément à son libellé.

Étant venu à la conclusion que la convention n'était pas ambiguë, la Cour d'appel a par conséquent refusé de prendre en considération la preuve relative au comportement des parties et elle a interprété la convention comme n'incluant manifestement pas le transport du jugement de New Augarita à Augdome. Respectueusement, je ne puis en venir à cette conclusion. Je crois qu'on doit examiner la convention en son entier pour en comprendre le sens. C'est pourquoi j'ai cru nécessaire de la citer intégralement. Un des attendus les plus significatifs de la convention est celui qui se réfère au règlement de New Augarita adopté le 13 juin 1957. Comme cet attendu indique que la convention avait pour but d'exécuter le marché approuvé dans ce règlement-là, j'ai aussi cité en entier le règlement n° 65 et on remarquera qu'on dit dans chacun des paragraphes 1 et 2 de ce règlement que la compagnie (New Augarita) doit vendre tous ses *claims* miniers et tous ses autres avoirs de quelque nature et de quelque sorte qu'ils soient. Il est incontestable que la clause-dispositif de la convention prévoit que «le Vendeur par la présente vend et l'Acheteur par les présentes achète les avoirs plus particulièrement décrits comme consistant en les *claims* miniers . . .». Je suis d'avis, cependant, que la convention ayant spécifiquement renvoyé au règlement, il est très clair que l'intention était d'opérer le transfert de ces avoirs dont la ratification du règlement avait autorisé la cession. Sont également importantes les dispositions des paragraphes 2 et 3 par lesquelles l'Acheteur, c'est-à-dire, Augdome, accepte de payer tous les honoraires juridiques

ties of the Vendor Company, indicating, I believe, that the Vendor was by this agreement stripped of all its assets so that its liabilities would have had to have been paid by the Purchaser Company. Again, the provision in the agreement for the purchase price is equally consistent with that conclusion alone. The purchase price was the delivery to the Vendor Company of shares in the Purchaser Company at the rate of one share of the Purchaser for every five shares of the Vendor. In short, the Purchaser would thereafter hold all the issued shares of the Vendor Company and the Vendor Company, it is presumed, would then distribute the shares of the Purchaser Company amongst its Vendor's shareholders so that there would be no shareholder of the Vendor Company left in existence except the Purchaser Company and again, presumably, the Purchaser Company would simply fold up the Vendor Company. This took place in 1965 when the Provincial Secretary of the Province of Ontario, acting on non-payment of fees and non-filing of returns, cancelled the Letters Patent of New Augarita Porcupine Mines Limited. Therefore, with deference, and looking only to the agreement of July 5, 1957 and the by-law referred to in that agreement, I have come to the conclusion that the agreement is ambiguous. Under such circumstances no authority need be cited for the proposition that in interpretation of the agreement extrinsic evidence may be canvassed. Such extrinsic evidence is, of course, overwhelming to the effect that the intention of the parties to the agreement was to convey the Vendors' interest in this judgment to the Purchaser.

I have already referred to the terms of by-law 65 of New Augarita Porcupine Mines Limited and pointed out that twice in that by-law the words "and all its other assets of whatsoever nature and kind" appear. In the minutes of the meeting of the Directors of Augdome Exploration Limited held on the very day the agreement was executed, the report of the Chairman stating the purpose of the meeting was the purchase of assets of New Augarita Porcupine Mines

relatifs à la vente et au transfert des avoirs et d'assumer toutes les dettes non réglées du Vendeur. Ces dispositions sont une indication, je crois, que le Vendeur a été par cette convention dépouillé de tous ses avoirs de sorte que ses dettes devaient être payées par l'Acheteur. De même, la disposition de la convention relative au prix d'achat est également compatible avec cette conclusion seulement. Le prix était la remise au Vendeur d'actions de l'Acheteur selon le rapport d'une action de l'Acheteur pour chaque tranche de cinq actions du Vendeur. En résumé, l'Acheteur devait détenir par la suite toutes les actions émises par le Vendeur et le Vendeur, on le présume, devait alors répartir les actions de l'Acheteur parmi ses actionnaires; ainsi le Vendeur se trouvait réduit à ne plus avoir aucun actionnaire dans sa compagnie sauf l'Acheteur qui, je présume encore, n'avait plus qu'à liquider la compagnie venderesse. Liquidation qui s'est produite en 1965 lorsque le secrétaire provincial de la province d'Ontario a révoqué les lettres patentes de New Augarita Porcupine Mines Limited pour le motif qu'elle était en défaut de payer ses droits et de produire ses rapports. C'est pourquoi, avec déférence, et en me basant seulement sur la convention du 5 juillet 1957 et le règlement auquel renvoie ladite convention, j'en viens à la conclusion que celle-ci est ambiguë. En semblable situation, il n'est pas nécessaire de citer aucun précédent à l'appui de la proposition que l'examen de la preuve extrinsèque est permis dans le but d'interpréter la convention. Cette preuve extrinsèque est, bien entendu, irrésistible, à savoir que l'intention des parties à la convention a été de transmettre à l'Acheteur les droits que le Vendeur détenait dans le jugement.

J'ai déjà mentionné les dispositions du règlement 65 de New Augarita Porcupine Mines Limited et fait observer qu'à deux reprises dans ce règlement les mots «et tous ses autres avoirs de quelque nature et quelque sorte qu'ils soient» apparaissent. Dans le procès-verbal de l'assemblée des administrateurs de Augdome Exploration Limited tenue le jour même de la signature de la convention, le président dit à l'assemblée que l'objet de la réunion est l'achat d'avoirs de

Limited, consisting of mining claims of the Company and the arrangements had been made for the purchase of those assets, but further recite that he read to the meeting of the directors of Augdome by-law 65 to the Directors of New Augarita and its very words "of all its mining claims and all its assets, if any, of whatsoever nature and kind". The resolution made at that meeting by the directors of Augdome was to approve the purchase of the assets of New Augarita, as set out in the draft agreement of July 5, 1957, so that when that meeting took place the draft agreement had not yet been executed and I am of the opinion that what moved the directors of Augdome was by-law 65 of New Augarita with its reference to all assets of any kind whatsoever. A meeting of the shareholders of Augdome on July 19, 1957, was held, according to the Chairman and to quote from the minutes, for the purpose of confirming the agreement between Augdome and New Augarita "regarding the purchase of the assets of the latter Company" and again, by-law 65 was presented to that meeting. A prospectus was filed by Augdome Exploration Limited with the Ontario Securities Commission. That prospectus included the auditor's report of Augdome Exploration Limited, dated October 11, 1957, and on p. 18 of that document appeared Note No. 1(b) as follows:

New Augarita Porcupine Mines Limited, consistant en des *claims* miniers de la compagnie, et que des dispositions ont été prises pour l'achat de ces avoirs, mais le procès-verbal mentionne plus loin que le président a lu à l'assemblée des administrateurs de Augdome le règlement 65 des administrateurs de New Augarita qui mentionnait spécifiquement [TRADUCTION] «vende tous ses *claims* miniers et de tous ses autres avoirs, s'il en est, de quelque nature et quelque sorte qu'ils soient». La résolution adoptée à l'assemblée des administratreurs de Augdome avait pour but d'approuver l'achat des avoirs de New Augarita, tels qu'énumérés dans le projet de convention du 5 juillet 1957, de sorte que, lorsque l'assemblée a eu lieu, le projet de convention n'avait pas encore été signé, et je suis d'avis que ce qui a incité les administrateurs de Augdome a été le règlement 65 de New Augarita qui fait mention de tous les avoirs de quelque sorte qu'ils soient. Une assemblée des actionnaires de Augdome a été tenue le 19 juillet 1957 dans le but, selon le président de l'assemblée et d'après le procès-verbal, de ratifier la convention entre Augdome et New Augarita [TRADUCTION] «relativement à l'achat des avoirs de cette dernière compagnie», et là encore le règlement 65 a été soumis à cette assemblée. Augdome Exploration Limited a déposé un prospectus auprès de la commission des valeurs mobilières de l'Ontario. Ce prospectus comprenait le rapport du vérificateur de Augdome Exploration Limited, en date du 11 octobre 1957, et à la page 18 de ce document il y a une note no. 1 (*b*) qui se lit comme suit:

> New Augarita Porcupine Mines Limited also held a judgment against a former Director of that Company. Since a settlement has not been effected this asset is not certain as to value and has not been included in the balance sheet.

> [TRADUCTION] New Augarita Procupine Mines Limited détenait aussi un jugement contre un ancien administrateur de cette compagnie. Étant donné qu'aucun règlement n'a été effectué, la valeur de cet élément d'actif n'est pas certaine et n'a pas été incluse dans le bilan.

indicating that the judgment, for whatever it was worth, was considered an asset of Augdome Exploration Limited. In the notes to the financial statement of Augdome Exploration Limited, dated December 31, 1959, the same exact wording appears as to the judgment. As I have pointed out, it was the contention of James

annotation qui indique que le jugement, quelle qu'en fût la valeur, était considéré comme un élément de l'actif de Augdome Exploration Limited. On se réfère au jugement exactement dans les mêmes termes dans les notes qui accompagnent l'état financier de Augdome Exploration Limited daté du 31 décembre 1959.

Joseph Gray that he had settled this litigation and, according to the evidence of both Nellie Murray, the secretary of both New Augarita Porcupine Mines Limited and Augdome Corporation Limited, the discussions as to settlement continued with the officers of the latter Company until at least 1962. I am of the opinion this is an important indication that both New Augarita and Augdome regard the interest in the judgment as having been transferred to Augdome and that James Joseph Gray was of the same opinion. I am therefore in agreement with a comment made by Arnup J. A. in his reasons for the Court of Appeal for Ontario:

> It seems reasonably apparent from the consideration of all the documents that New Augarita at least contemplated the transfer to Augdome of all its assets and the assumption by Augdome of all its liabilities.

I would add that that was not only the contemplation of New Augarita, but it was a contemplation of Augdome, and that James Joseph Gray so understood, as did the auditors for both New Augarita and Augdome. I therefore have no hesitation in coming to the conclusion that the agreement of July 5, 1957, should be interpretated to operate as a transfer of the judgment which New Augarita Porcupine Mines Limited had against James Joseph Gray.

This conclusion makes it unnecessary to examine the issue of whether the appellants are entitled to rectification of the agreements of August 1957. However, lest I may be considered to be in error in my conclusion that the appellants are entitled to succeed on the issue of interpretation, I shall proceed to consider whether or not those appellants are entitled to obtain rectification of the agreement in order to effect the transfer of the appellant New Augarita's interest in the judgment to the appellant Augdome.

In *Hart v. Boutilier*[2], this Court considered an

[2] (1916), 56 D.L.R. 620.

Comme je l'ai fait remarquer, James Joseph Gray a prétendu qu'il avait réglé ce litige et, selon le témoignage de Nellie Murray, secrétaire de New Augarita Porcupine Mines Limited et également de Augdome Exploration Limited, les pourparlers en vue d'un règlement se sont continués avec les administrateurs de cette dernière compagnie jusqu'en 1962. Je vois là un indice significatif que New Augarita aussi bien que Augdome considéraient les droits dans le jugement comme transmis à Augdome, et un indice significatif que James Joseph Gray était du même avis. Je suis par conséquent d'accord avec un commentaire qu'a fait le Juge d'appel Arnup dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario:

> [TRADUCTION] Il semble raisonnablement ressortir de l'étude de tous les documents que New Augarita envisageait au moins le transfert à Augdome de tous ses avoirs et la prise en charge par Augdome de toutes ses dettes.

J'ajouterais que cela n'a pas seulement été envisagé par New Augarita, mais également par Augdome, et c'est ainsi qu'en ont conclu James Joseph Gray de même que les vérificateurs de New Augarita et de Augdome. Je n'ai par conséquent aucune hésitation à en arriver à la conclusion que la convention du 5 juillet 1957 devrait être interprétée comme effectuant le transfert du jugement que New Augarita Porcupine Mines Limited avait contre James Joseph Gray.

Cette conclusion rend inutile d'étudier la question de savoir si les appelantes ont droit à la rectification des conventions d'août 1957. Cependant, par crainte que l'on puisse considérer que j'ai commis une erreur en concluant que les appelantes devraient obtenir gain de cause sur la question de l'interprétation, je vais examiner le point de savoir si ces appelantes ont le droit ou non d'obtenir la rectification de leur convention aux fins d'effectuer le transfert à l'appelante Augdome des droits que l'appelante New Augarita possède dans le jugement.

Dans l'arrêt *Hart v. Boutilier*[2], cette Cour a

[2] (1916), 56 D.L.R. 620.

action for the rectification of a deed of conveyance. Duff J., as he then was, said at p. 630:

The power of rectification must be used with great caution; and only after the Court has been satisfied by evidence which leaves no "fair and reasonable doubt" (*Fowler v. Fowler* (1859), 4 deG. & J. 250, at 264, 45 E.R. 97), that the deed impeached does not embody the final intention of the parties. This evidence must make it clear that the alleged intention to which the plaintiff asks that the deed be made to conform, continued concurrently in the minds of all the parties down to the time of its execution; and the plaintiff must succeed in shewing also the precise form in which the instrument will express this intention.

The Court of Appeal in England in *Joscelyne v. Nissen*[3], dealt with the same issue and Lord Justice Russell, at p. 98, said:

In our judgment the law is as expounded by Simonds J. in *Crane's* case with the qualification that some outward expression of accord is required. We do not wish to attempt to state in any different phrases that with which we entirely agree, except to say that it is in our view better to use only the phrase "convincing proof" without echoing an old fashioned word such as "irrefragable" and without importing from the criminal law the phrase "beyond all reasonable doubt". Remembering always the strong burden of proof that lies on the shoulders of those seeking rectification, and that the requisite accord and continuance of accord of intention may be the more difficult to establish if a complete antecedent concluded contract be not shown, it would be a sorry state of affairs if when that burden is discharged a party to a written contract could, on discovery that the written language chosen for the document did not on its true construction reflect the accord of the parties on a particular point, take advantage of the fact.

Whether one takes the "no fair or reasonable doubt" in *Hart v. Boutilier* or the somewhat less stringent test of "convincing proof" of *Joscelyne v. Nissen*, I am of the opinion that in the present case there is more than sufficient evi-

[3] [1970] 2 Q.B. 86.

examiné le cas d'une action en rectification d'un acte de transfert. Le Juge Duff, qui n'était pas encore juge en chef, a dit à la p. 630:

[TRADUCTION] Le pouvoir de rectification ne doit être utilisé qu'avec grande prudence; et seulement après que la Cour est convaincue par une preuve qui ne laisse aucun «doute juste et raisonnable» (*Fowler v. Fowler* (1859), 4 deG. & J. 250, à la p. 264, 45 E.R. 97), que l'acte attaqué n'exprime pas l'intention définitive des parties. La preuve doit montrer clairement que l'intention alléguée, à laquelle le demandeur demande à rendre l'acte conforme, a été de façon continue et concordante dans l'esprit de toutes les parties jusqu'au moment de la signature de l'acte; et le demandeur doit être capable de démontrer aussi de façon précise comment le document devra formuler cette intention.

La Cour d'appel d'Angleterre, dans l'arrêt *Joscelyne v. Nissen*[3], a traité de la même question, et le Lord juge Russell a dit, à la p. 98:

[TRADUCTION] Selon nous, le droit est tel qu'exposé par le Juge Simonds dans l'arrêt *Crane* sauf que l'accord intervenu doit s'être extériorisé de quelque façon. Nous ne voulons pas essayer d'énoncer dans des mots différents ce sur quoi nous sommes entièrement d'accord, sauf pour dire que nous croyons préférable d'utiliser seulement l'expression «preuve convaincante» sans faire écho à un mot vieilli comme «irréfragable» et sans importer du droit criminel l'expression «au-delà de tout doute raisonnable». En se rappelant toujours la lourde charge de la preuve qui repose sur les épaules de ceux qui cherchent à obtenir la rectification, et la difficulté plus grande d'établir l'existence de l'accord intervenu entre les parties et la continuité de cet accord s'il est impossible de produire un contrat parfait conclu antérieurement, il serait vraiment dommage que, après qu'on se soit acquitté de cette charge, une partie à un contrat écrit puisse, sur constatation que le libellé du document ne réflète pas d'après son sens véritable l'accord des parties sur un point en particulier, prendre avantage de ce fait.

Qu'on se réfère à l'«aucun doute juste ou raisonnable» de l'arrêt *Hart v. Boutilier* ou qu'on applique le critère moins contraignant de la «preuve convaincante» de *Joscelyne v. Nissen*, je suis d'avis qu'en l'espèce la preuve

[3] [1970] 2 Q.B. 86.

dence to permit the Court to rectify the agreement of July 5, 1957. I need not repeat my references to the documents and to the evidence, which were relevant to the issue of interpretation, with which I have dealt above. The same references are equally convincing upon the proposition that the agreement should be rectified to make abundantly plain that New Augarita's interest in the judgment against James Joseph Gray was amongst the assets transferred to New Augdome Limited.

It has been argued that rectification should not be ordered unless such remedy had been the subject of an action or at least a counterclaim. In *Butler v. Mountview Estates Limited*[4], Danckwerts J. dealt with action by a purchaser who at an auction sale had purchased from the defendants the unexpired residue of a lease. The action was for damages based on the contention that the vendors were in breach of covenants contained in the assignments by virtue of the provision of the *Law of Property Act*, 1925. Danckwerts J. found that there was a failure in the defendant vendors to carry out the covenants in the lease and that there was therefore a right of action in the purchaser against the vendor arising immediately after the execution of the assignment of the lease. Danckwerts J. was of the opinion that such result was plainly contrary to what had been the true agreement between the parties and acted on the submission of counsel for the defendants that the assignment should be rectified by limiting the covenant implied therein by the provision of the statute despite the fact that there had been no counterclaim for such rectification of the said assignments. At p. 571, he said:

> In *Borrowes v. Delaney* a defective lease was rectified although there was no counterclaim to rectify. If a point is to be taken that a document should be rectified, it should normally be raised in the pleadings. That has not been done in this case, but having

[4] [1951] 2 K.B. 563.

est plus que suffisante pour permettre à la Cour de rectifier la convention du 5 juillet 1957. Je n'ai pas à répéter mes renvois aux documents et à la preuve, qui étaient pertinents quant à la question de l'interprétation, dont j'ai traité ci-dessus. Les mêmes renvois sont tout aussi convaincants sur la proposition que la convention devrait être rectifiée de façon à faire apparaître clairement que les droits de New Augarita dans le jugement rendu contre James Joseph Gray faisaient partie des avoirs transférés à New Augdome Limited.

On a avancé que la rectification ne pouvait être ordonnée à moins que ce recours n'ait fait l'objet d'une action ou au moins d'une demande reconventionnelle. Dans l'arrêt *Butler v. Mountview Estates Limited*[4], le Juge Danckwerts a traité d'une action intentée par un acheteur qui, à une vente aux enchères, avait acheté des défendeurs le droit à la période restant à courir d'un bail. L'action était en dommages-intérêts, basée sur la prétention que les vendeurs avaient violé des engagements compris dans les transports par suite de la disposition du *Law of Property Act*, 1925. Le Juge Danckwerts a décidé que les vendeurs, parties défenderesses, n'avaient pas respecté les engagements du bail et que, par conséquent, l'acheteur acquérait un droit d'action contre le vendeur dès la signature du transport du bail. Le Juge Danckwerts a été d'avis qu'une telle conséquence était complètement contraire au véritable accord intervenu entre les parties et il a donné suite à l'allégation de l'avocat des défendeurs selon laquelle l'acte de transport devait être rectifié en restreignant l'application de l'engagement qui s'y trouvait sous-entendu de par la disposition de la loi, et ce, malgré le fait qu'il n'y avait pas eu de demande reconventionnelle requérant une telle rectification de ces actes de transport. À la p. 571, le juge dit:

> [TRADUCTION] Dans l'arrêt *Borrowes v. Delaney* un bail défectueux a été rectifié bien qu'il n'y eût pas eu de demande reconventionnelle de rectification. Si on doit soulever la nécessité de rectifier un document, il faudrait normalement le faire dans les actes de procé-

[4] [1951] 2 K.B. 563.

regard to the circumstances, and particularly to the fact that, if the plaintiff's claim were to succeed, he would be getting something to which he would have no right whatever, I accede to the submission on behalf of the defendants. Therefore I propose to direct the rectification of the assignments by the addition of a proviso on the lines of the precedents of Key and Elphinstone (14th ed.), vol. 1, p. 593, with such modifications as may be required by the circumstances of the present case.

I am of the opinion that Danckwerts J's disposition of the matter, supported by authority, is sound and in this case I am ready to grant rectification despite the fact that there was no claim in an action for such rectification and indeed the proceedings merely commenced with an *ex parte* order granting leave to continue in the name of the appellant the action as originally instituted. *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, in s. 1(*a*) defines "action" to mean a civil proceeding commenced by writ or in such other manner as prescribed by the rules. The action herein was, of course, commenced by writ. If one were to take the civil proceeding to be the continuation of the action by the *ex parte* order, that is also a proceeding within the definition. In *Doel v. Kerr*[5], Middleton J., as he then was, found specifically that an action included the issue of an execution upon a judgment, when the word action was similarly defined as including "any civil proceeding" in *The Limitations Act*. That decision was affirmed in the Appellate Division, where Meredith C.J.O., said at p. 256:

I see no reason for differing from the conclusion of my brother Middleton, which seems to be well supported by the cases to which he refers, and I can usefully add little to the reasons which he gives to the conclusion to which he came.

[5] (1915), 34 O.L.R. 251.

dure. Cela n'a pas été fait en l'espèce, mais tenant compte des circonstances, et en particulier du fait que, si la prétention du demandeur était accueillie, il bénéficierait de quelque chose auquel il n'a pas droit, j'accède à la demande qui est faite au nom des défendeurs. Je me propose par conséquent d'ordonner la rectification des actes de transport par l'addition d'une réserve en accord avec les modèles précédents de Key and Elphinstone (14e ed.), Vol. 1, p. 593, assortie des modifications qu'exigent les circonstances de l'espèce présente.

Je suis d'avis que la façon dont le Juge Danckwerts a statué sur la question, une façon de statuer qui est étayée par des autorités, est valable, et en l'espèce je suis prêt à accorder la rectification malgré qu'aucune demande n'ait été faite dans une action pour une telle rectification et que les procédures aient même simplement débuté par un ordre *ex parte* donnant la permission de continuer au nom de l'appelante l'action telle qu'originairement intentée. Le *Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, à l'art. 1, al. *a*), définit «action» comme signifiant une procédure civile commençant par l'émission d'un bref ou de toute autre façon prescrite par les règles. L'action en l'espèce présente a, naturellement, commencé par l'émission d'un bref. Si l'on considère la procédure civile comme étant la continuation de l'action par l'ordre *ex parte*, cela aussi est une procédure selon la définition. Dans l'arrêt *Doel v. Kerr*[5], le Juge Middleton, alors juge puîné, a décidé de façon spécifique, dans un cas où le mot action avait été défini de façon identique dans le *Limitations Act* comme incluant [TRADUCTION] «toute procédure civile», qu'une action comprenait l'ouverture des voies d'exécution d'un jugement. Cette décision a été confirmée en Division d'appel, où le Juge en chef de l'Ontario, le Juge Meredith, a dit, p. 256:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison de ne pas souscrire à la conclusion de mon collègue le Juge Middleton, laquelle semble bien étayée par les arrêts auxquels il se réfère, et il est peu de choses que je puis utilement ajouter aux motifs qu'il donne pour la conclusion à laquelle il arrive.

[5] (1915), 34 O.L.R. 251.

It has also been submitted that rectification should never be granted on other than oral evidence. The present litigation, as I have said, arose on an *ex parte* order to continue the action and an application to quash such order. All the material in support of, or opposing the application was by affidavit, but long cross-examinations upon those affidavits were included in the record and I have already referred to many of the documents filed.

*Bonhote v. Henderson*[6], is quoted as authority for the purpose. However, Kekewich J. said at p. 749:

> The case was first heard as a non-witness action on affidavit evidence. I declined to grant the relief asked, not only because not satisfied that a case for rectification was made on the evidence as it stood, but also because I am extremely reluctant to hear any case of this character on affidavit evidence. I must not be understood as saying that it never can be done: on the contrary, I have often done it, and am prepared to do it again where the circumstances, in my judgment, justify that course; as, for instance, where written instructions are proved, the deed as executed departs from them, and there is no reason to doubt that they are final. It must, too, be remembered that in the Court of Chancery, on which we depend for our authorities on this branch of law, suits were heard and determined on evidence of this character.

I am, therefore, of the opinion that there is no inflexible rule that rectification should not be granted upon affidavit evidence, but merely that such jurisdiction should be exercised with great caution, a caution alike that outlined by Duff J. (as he then was) in *Hart v. Boutilier* which I have cited above and in my view, and for reasons which I have expressed, exercising that caution in the present case, there is ample basis for an order for rectification.

[6] [1895], 1 Ch. 742.

On a prétendu également que la rectification ne devrait jamais être accordée autrement que sur la foi de preuves testimoniales. Le présent litige, comme je l'ai dit, est né d'un ordre de continuer l'action donné *ex parte* et d'une requête en annulation de cet ordre. Tous les documents à l'appui de la requête ou s'y opposant sont sous forme de déclarations sous serment, mais les longs contre-interrogatoires relatifs à ces déclarations sous serment sont inclus dans le dossier et je me suis déjà référé à plusieurs des documents produits.

À l'appui de la prétention, on cite comme autorité l'arrêt *Bonhote v. Henderson* [6]. Cependant, dans cet arrêt le Juge Kekewich dit à la p. 749:

> [TRADUCTION] Cette cause a d'abord été instruite comme une action sans témoins d'après une preuve par déclarations sous serment. J'ai refusé d'accorder le redressement demandé, non seulement parce que je n'étais pas convaincu qu'on avait établi le bien-fondé d'une rectification d'après la preuve produite, mais aussi parce que j'hésite extrêmement à entendre une cause de cette nature à partir d'une preuve par déclarations sous serment. Par là je ne veux pas dire que cela ne peut jamais être fait: au contraire, je l'ai déjà fait et je suis prêt à le faire encore si les circonstances, selon mon jugement, justifient cette façon d'agir; par exemple si des instructions écrites sont prouvées et que l'acte tel qu'exécuté n'est pas conforme à celles-ci, et s'il n'y a aucun motif de douter que ces instructions étaient définitives. On doit aussi se rappeler que dans la Cour de *Chancery*, où nous devons puiser nos précédents dans ce domaine de droit, les demandes étaient entendues et décidées d'après des preuves de ce genre.

Je suis par conséquent d'avis qu'il n'y a pas de règle inflexible empêchant que la rectification soit accordée sur la base d'une preuve par déclarations sous serment, mais simplement qu'un tel pouvoir doit être exercé avec une grande prudence, une prudence semblable à celle énoncée par le Juge Duff (alors juge puîné) dans l'arrêt *Hart c. Boutilier* que j'ai déjà cité ci-dessus. Selon moi, et pour les motifs que j'ai énoncés, en appliquant en l'espèce cette règle de prudence il y a amplement de justification pour délivrer une ordonnance de rectification.

[6] [1895] 1 Ch. 742.

Finally, it is argued that rectification should never be granted when the rights of third parties are affected and what counsel for the respondents have termed the right of James Joseph Gray to resist execution is, of course, affected if the agreement of July 5, 1957, as executed should be held to be unambiguous and that agreement should be rectified. I have considered the authorities cited by the respondent upon this topic and other authorities to like effect and I have come to the conclusion that they have no application in the present situation. They are chiefly cases where the third party has relied on the conveyance as executed and has acquired rights or taken action based on that agreement. One such authority should be mentioned. In *Wise v. Axford*[7], the Court of Appeal for Ontario considered a case where the defendant Axford had sold to two different persons lots on the south side of a road known as Commissioner Road. The existent boundary of the property owned by Axford was a road allowance between two townships. The 99 foot lot on the corner of Commissioner Road and the township road was described as commencing at the intersection of those roads and running westerly. That lot was sold first by Axford to Cant. Then Axford sold to Wise the 99 foot lot, which was described as commencing 99 feet west of the intersection of the two roads and continuing westerly. But prior to the conveyance Axford and Wise had gone on the property, not in the presence of Cant, and there had observed a row of maple trees, or posts and wire fence, which were said to be the westerly limit of the township road. After the conveyance had been executed it was found by survey that this row of trees and or fence were 19.5 feet easterly of the true westerly limit of the township road. Wise therefore sued his vendors Axford and also Cant for a rectification of the deed. Of course, in that case the Court of Appeal in refusing rectification realized that to grant such rectification would result in Cant, who had taken no part in the observation of the line of trees and or fence which were said to be the easterly limit of his lands, losing the wester-

[7] [1954] O.W.N. 822.

Enfin, on prétend que la rectification ne doit jamais être accordée lorsque les droits de tiers se trouvent atteints et ce que l'avocat des intimés a appelé l'intérêt qu'a James Joseph Gray à s'opposer à l'exécution se trouve, naturellement, atteint si la convention du 5 juillet 1957 telle que signée doit être déclarée non ambiguë et être rectifiée. J'ai étudié les précédents cités par l'intimé sur cette question ainsi que d'autres au même effet, et j'en viens à la conclusion qu'ils ne s'appliquent pas en l'espèce. Il s'agit surtout de causes où la tierce partie s'était fondée sur l'acte de transport tel que signé et où elle avait acquis des droits ou procédé en se basant sur cette convention-là. Un de ces précédents doit être mentionné. Dans l'arrêt *Wise v. Axford*[7], la Cour d'appel de l'Ontario a examiné un cas où le défendeur Axford avait vendu à deux personnes différentes des lots situés sur le côté sud d'un chemin appelé *Commissioner Road.* A l'époque, la propriété d'Axford était bornée par l'emplacement réservé pour un chemin entre deux cantons. Le lot de 99 pieds situé à l'angle de *Commissioner Road* et du chemin de canton a été décrit comme commençant à l'intersection de ces deux chemins et s'étendant en direction ouest. Ce lot a été vendu le premier par Axford à Cant. Par la suite Axford vendit à Wise le lot de 99 pieds qui a été décrit comme commençant à 99 pieds à l'ouest de l'intersection des deux chemins et s'étendant vers l'ouest. Mais avant le transfert Axford et Wise s'étaient rendus sur la propriété, sans que Cant ne soit présent, et ils avaient alors observé une rangée d'érables, ou des poteaux et une clôture en fil de fer, qu'on a dit être la limite ouest du chemin de canton. Après que le transfert eut été signé, un arpentage des lieux révéla que cette rangée d'arbres et (ou) clôture était située à 19.5 pi à l'est de la véritable limite ouest du chemin de canton. Wise a donc poursuivi ses vendeurs (les époux Axford) et Cant, demandant une rectification de l'acte de vente. Naturellement, dans cette affaire-là, la Cour d'appel, en refusant la rectification, a bien vu que l'accorder aurait pour effet de priver Cant, qui n'était aucunement présent lorsqu'on avait observé la rangée d'arbres et

[7] [1954] O.W.N. 822.

ly 19.5 feet thereof. I must conclude that the decision in *Wise v. Axford* has no application in the present circumstances. It surely did not affect James Joseph Gray, or now his surviving executors, that his creditor should be Augdome rather than New Augarita. In *Powley v. Mickleborough*[8], the Divisional Court in Ontario considered the situation where Mickleborough had damaged by water property then occupied by George Powley and Company. Thereafter George Powley and Company was incorporated as the George Powley Paper Company Limited which company acquired and took over the assets of the partnership. That company brought an action for damages. It was urged in defence that the limited company was not entitled to recover on the ground that a tort was not assignable and that the partners who were added as party plaintiffs could not sue because Powley, on his examination, had admitted that all the assets of the firm had been transferred to the new company. Clute J. said, at p. 558:

(ou) clôture que l'on avait dit être la limite est de son terrain, de 19.5 pi de terrain du côté ouest. Je dois conclure que l'arrêt *Wise v. Axford* ne s'applique pas en l'espèce. Que son créancier fût Augdome plutôt que New Augarita, cela n'a causé sûrement aucun préjudice à James Joseph Gray, ou à ses exécuteurs survivants. Dans l'arrêt *Powley v. Mickleborough*[8], la *Divisional Court* de l'Ontario a examiné une situation où Mickleborough avait endommagé par l'eau des biens alors occupés par George Powley and Company. Par la suite George Powley and Company avait été constituée en corporation sous le nom de George Powley Paper Company Limited, compagnie qui avait acquis l'actif de la société et en avait pris la succession. Cette compagnie avait intenté une action en dommages-intérêts. On fit valoir en défense que la compagnie à responsabilité limitée n'avait pas le droit de recouvrer des dommages-intérêts, pour le motif qu'un droit résultant d'un délit civil ne pouvait pas être transporté, et que les associés qui avaient été ajoutés à titre de parties demanderesses ne pouvaient poursuivre parce que Powley, lors de son interrogatoire, avait reconnu que tous les avoirs de l'entreprise avaient été cédés à la nouvelle compagnie. Le Juge Clute a déclaré, à la page 558:

I think that this position is entirely untenable. Both parties are before the Court, and a right of action is vested in either one or the other: it is immaterial which.

[TRADUCTION] Je pense que cette position est entièrement insoutenable. Les deux parties sont devant la Cour et l'une ou l'autre d'entre elles a un droit d'action: il est sans conséquence de savoir laquelle.

And Middleton J. said at p. 560:

Et le Juge Middleton de dire à la p. 560:

The assignor and the assignee were both before the Court as plaintiffs, and the effect of the assignment is, therefore, quite immaterial. The right of action against the wrong-doer must be vested in either one or the other, and their respective rights are quite immaterial.

[TRADUCTION] Le cédant et le cessionnaire sont tous deux devant cette Cour en qualité de demandeurs, et c'est pourquoi l'effet du transport est tout à fait sans conséquence. Le droit d'action contre celui qui a causé le dommage appartient nécessairement à l'un ou à l'autre, et leurs droits respectifs importent peu.

Applying that statement to the present case, subject to what is said hereafter as to limitation,

Appliquant cet énoncé de principe à l'espèce présente, sous réserve de ce qui est dit ci-des-

[8] (1910), 21 O.L.R. 556.

[8] (1910), 21 O.L.R. 556.

the assignor and assignee are both before the Court and the right of action against the wrongdoer must be vested in either one or the other and their respective rights have been settled by the agreement between them of July 4, 1973. I am, therefore, of the opinion that no alleged third party rights of the late respondent James Joseph Gray, or his surviving executors, should affect the appellant Augdome and the intervenor New Augarita Porcupine Mines Limited in their claim for rectification. I have concluded that there should be rectification of the agreement of July 5, 1957, by adding after the words "as hereafter enumerated" in the penultimate line of the 4th recital the words "and all of its other assets of whatever nature and kind". And Clause I should be amended in the 5th line, after the words "in the Province of Ontario" by adding the same words, that is, "and all of the other assets of whatever nature and kind".

I turn finally to the question of the effect of s. 45 of *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, which provides:

> Section 45.
>
> (1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned:
>
> . . .
>
> (c) an action upon a judgment or recognizance, within twenty years after the cause of action arose.

I have already recited in detail the dates of the various proceedings herein. It is the submission of the respondents that the 20 year period of limitation set out in the section I have quoted commenced to run at the date of the judgment of Macfarlane J. on October 15, 1949, and of course, the *ex parte* order of proceeding was not obtained until March 1, 1972. I cannot accept that submission. The judgment of Macfarlane J. was subject to an appeal to the Court of Appeal and was by that Court varied in material fashion. The judgment of the Court of Appeal was appealed to the Judicial Committee and the

sous à l'égard de la prescription, le cédant et le cessionnaire sont tous deux devant la Cour et le droit d'action contre le responsable du dommage doit appartenir ou à l'un ou à l'autre et leurs droits respectifs ont été réglés par l'accord intervenu entre eux le 4 juillet 1973. Je suis par conséquent d'avis qu'aucun droit de tiers de feu l'intimé James Joseph Gray, ou de ses exécuteurs survivants, ne devrait porter atteinte à l'appelante Augdome ou à l'intervenante New Augarita Porcupine Mines Limited dans leur demande de rectification. J'en suis venu à la conclusion que la convention du 5 juillet 1957 devrait être rectifiée en ajoutant après les mots «tels qu'énumérés ci -dessous» dans l'avant-dernière ligne du 4e attendu les mots «et en tous ses autres avoirs de quelque nature et de quelque sorte qu'ils soient». Et la clause I devrait être modifiée en ajoutant, à la 5e ligne après les mots «dans la province d'Ontario», les mêmes mots, c'est-à-dire «et en tous les autres avoirs de quelque nature et de quelque sorte qu'ils soient».

J'en arrive finalement à la question de l'effet de l'art. 45 du *Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, qui prévoit:

> [TRADUCTION] Article 45.
>
> (1) Les actions suivantes devront être intentées avant que ne soient expirés les laps de temps mentionnés respectivement ci-dessous:
>
> . . .
>
> c) une action fondée sur un jugement ou un engagement, dans les vingt ans à compter de la naissance de la cause d'action.

J'ai déjà donné de façon détaillée les dates des différentes procédures en l'espèce. La prétention des intimés est que la période de prescription de vingt ans mentionnée à l'article cité, commence à courir à la date du jugement du Juge Macfarlane, le 15 octobre 1949, et naturellement l'ordre de procéder donné *ex parte* n'a été obtenu que le 1e mars 1972. Je ne puis accepter cette prétention. Le jugement du Juge Macfarlane était susceptible d'appel à la Cour d'appel et il a été modifié de façon substantielle par celles-ci. On a interjeté appel de l'arrêt de la Cour d'appel au Comité judiciaire et le jugement

judgment of that Court, the conclusion of which I have already cited, was one granting to the plaintiff, New Augarita Porcupine Mines Limited, relief of a very different character, that is, a declaration that the defendant was liable to account to the plaintiff company for the profit which he has realized, for an enquiry to ascertain what was the total of that profit and for judgment for the amount, if any, by which that total exceeds the sum of $18,759.29.

I have already cited the view of Judson J., expressed in 1953, as to the effect of that judgment by the Judicial Committee, *i.e.*, that the action had been sent back in part for a new trial and then by the order of Barlow J. that new trial had been referred to the Master. I therefore am strongly of the view that no execution could be taken upon the judgment until that so called new trial had taken place before the Master and his judgment had become a final one. The report of the Master, although dated January 14, 1954, was not signed until April 18, 1954. I have already expressed my opinion that the report can only be considered as having been made upon the latter date. Rule 506 of the Consolidated Rules of Practice, Province of Ontario, as they existed in 1954, provided that the report of the Master should be filed and should be deemed to be confirmed at the expiration of 14 days after the service of a notice of filing thereof, unless notice of appeal had been served within that 14 day period. Both New Augarita and Gray did serve notice of appeal and I am of the opinion that the judgment did not become a final judgment until those appeals were disposed of, or were abandoned. As I have pointed out above, the last endorsement of any judicial handling of the appeals was made on June 14, 1954, and the appeals must be considered to have been abandoned at some date thereafter. Even if the period of limitations were carried back to January 14, 1954, the date appearing at the head of the Master's report, the period of limitations would not have expired on March 1, 1972, and, of course, dates thereafter in either April or June, or later in the year 1954, would equally not be barred by the statute.

de celui-ci, dont j'ai déjà cité la conclusion, a accordé à la demanderesse, New Augarita Porcupine Mines Limited, un redressement d'un caractère tout à fait différent, c'est-à-dire comportant: une déclaration que le défendeur était comptable envers la compagnie demanderesse pour les bénéfices réalisés, un ordre de tenir une enquête pour déterminer le total de ces bénéfices, et un jugement pour l'excédent de ce total sur la somme de $18,759.29, s'il en est.

J'ai déjà cité les vues exprimées en 1953 par M. le Juge Judson à l'égard de l'effet de ce jugement du Comité judiciaire, c.-à-d., que le dossier avait été partiellement retourné pour un nouveau procès et qu'ensuite l'ordonnance du Juge Barlow avait renvoyé ce nouveau procès au *Master*. Je suis par conséquent fortement d'avis que le jugement ne pouvait être exécutoire avant que ce nouveau procès, comme on l'appelle, n'ait eu lieu devant le *Master*, et que le jugement de celui-ci ne soit devenu un jugement final. Le rapport du *Master*, bien que daté du 14 janvier 1954, n'a pas été signé avant le 18 avril 1954. J'ai déjà exprimé l'avis que le rapport ne peut être considéré que comme fait à cette dernière date. La règle 506 des règles de pratique refondues de la province d'Ontario, telles que ces règles existaient en 1954, prévoit que le rapport du *Master* doit être déposé et qu'il doit être considéré comme définitif à l'expiration d'un délai de 14 jours suivant la signification d'un avis de la production du rapport, à moins qu'un avis d'appel n'ait été signifié durant cette période de 14 jours. New Augarita et Gray ont tous deux signifié un avis d'appel et je suis d'avis que le jugement n'est pas devenu final avant que ces appels n'aient été décidés ou abandonnés. Comme je l'ai fait remarquer plus haut, la dernière mention judiciaire relative à ces appels remonte au 14 juin 1954, et les appels doivent être considérés comme abandonnés à une date quelconque postérieure à celle-là. Même si le début de la période de prescription était reculé au 14 janvier 1954, la date apparaissant en tête du rapport du *Master*, la prescription n'aurait pas été acquise le 1er mars 1972, et, à plus forte raison, des dates postérieures en avril ou en juin, ou plus tard en 1954, n'auraient pas encore été frappée de prescription.

I have already cited *Doel v. Kerr* to indicate that section 45 applies to a motion to issue execution. I think it equally applies to an application for leave to continue an action. Respondent's counsel cites and relies on *Borthwick v. Elderslie Steamship Company*[9]. That case was not concerned with the Statute of Limitations but with the problem of when interest should commence to run on a judgment. The plaintiff had failed at trial and on appeal was given judgment for an amount to be assessed upon a reference. Instead of proceeding to the reference the parties agreed on the amount which was due and for interest. It was held that interest must run from the date of the judgment in the Court of Appeal as if the amount agreed upon between the parties had been mentioned in the judgment of the Court. I take no issue with the decision, but simply find the circumstances inapplicable to the present situation. In *Parks v. Simpson,*[10] the Appellate Division in Ontario considered some extremely involved litigation of a petty nature between two parties and held that to be available as a cause of action, a judgment must be a definitive personal judgment for the payment of money, final in its character, remaining unsatisfied and capable of immediate enforcement. I am of the opinion that the judgment in this matter did not become final and capable of immediate enforcement until after the abandonments of the appeals from the report of the Master at some date subsequent to June 29, 1954.

For these reasons I have come to the conclusion that the Statute of Limitations affords no defence to the respondents. In the result, I would allow the appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario and direct that the orders of both Morand J., refusing to quash the *ex parte* order to proceed, and of Donohue

[9] [1905] 2 K.B. 516.
[10] (1915), 33 O.L.R. 382.

J'ai déjà mentionné l'arrêt *Doel v. Kerr* pour faire voir que l'art. 45 s'applique à une requête pour ouverture des voies d'exécution. Je crois que l'article s'applique également à une requête pour obtenir l'autorisation de continuer une action. Le procureur de l'intimé cite et invoque l'arrêt *Borthwick v. Elderslie Steamship Company*[9]. Cet arrêt ne porte pas sur la prescription mais sur la question de savoir quand l'intérêt doit commencer à courir sur un jugement. Le demandeur n'avait pas eu de succès en première instance et en appel il avait obtenu un jugement pour un montant à être déterminé sur renvoi. Au lieu de procéder au renvoi, les parties ont convenu du montant à payer et de l'intérêt. Il a été décidé que l'intérêt devait courir à compter de la date du jugement de la Cour d'appel comme si le montant dont les parties avaient convenu avait été mentionné dans le jugement de la Cour. Je ne discute pas cette décision mais je trouve simplement que les circonstances ne s'appliquent pas en l'espèce. Dans l'arrêt *Parks v. Simpson*[10], la Division d'appel de l'Ontario était saisie d'un litige mineur extrêmement complexe opposant deux parties; elle a décidé que pour être considéré comme une cause d'action un jugement doit être définitif et personnel et avoir pour objet le recouvrement d'une somme d'argent, qu'il doit être final dans sa nature, n'avoir pas encore été acquitté et être susceptible d'exécution immédiate. Je suis d'avis que le jugement dans la présente cause n'est devenu final et susceptible d'exécution immédiate qu'après que les appels à l'encontre du rapport du Master n'aient été abandonnés à une date quelconque postérieure au 29 juin 1954.

Pour ces motifs, j'en arrive à la conclusion que la prescription n'offre pas de moyen de défense aux intimés. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi interjeté à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et ordonnerais que l'ordonnance du Juge Morand refusant l'annulation de l'ordre de procéder donné *ex parte,*

[9] [1905] 2 K.B. 516.
[10] (1915), 33 O.L.R. 382.

J., giving leave to issue executions, be restored. The appellant is entitled to its costs throughout. There should be no costs for or against the intervenor.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Salter, Reilly, Jamieson & Apple, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Fasken & Calvin, Toronto.*

*Solicitors for the intervenant: Salter, Reilly, Jamieson & Apple, Toronto.*

et celle du Juge Donohue autorisant l'ouverture des voies d'exécution, soient rétablies. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours. Il n'y a pas lieu à adjucation de dépens en faveur ou contre l'intervenante.

*Appel accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Salter, Reilly, Jamieson & Apple, Toronto.*

*Procureurs des intimés: Fasken & Calvin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante: Salter, Reilly, Jamieson & Apple, Toronto.*

**Douglas R. Crosby, Administrator of the Estate of Douglas Kim Crosby** *(Plaintiff) Appellant*;

and

**Victor Vincent O'Reilly and Gulf Oil Company Ltd.** *(Defendants) Respondents.*

1974: May 30; 1974: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

*Damages—Deceased killed in automobile accident—Damages for shortened expection of life—Quantum—Loss of amenities of life not to be considered as an additional head of damage—The Trustee Act, R.S.A. 1955, c. 346, s. 32 (now The Administration of Estates Act, R.S.A. 1970, c. 1, s. 51).*

The deceased, 22 years of age, died almost instantly in a two car collision for which the respondents admitted liability. He was an exceptional person both in educational achievement and in the range of his interests, and a brilliant career as a research physicist had been forecast for him. In an action brought under s. 32 of *The Trustee Act* (Alta.), the jury awarded $90,000 for loss of expection of life. The Appellate Division reduced the award to $10,000. An appeal by the administrator of the estate was then brought to this Court.

*Held*: The appeal should be dismissed.

On the question of the loss of the amenities of life as a second head of damage in a survival action in tort brought by the deceased's personal representative, the Appellate Division correctly rejected the present appellant's submissions for its recognition as such. Where the claim is asserted in a survival action, there is nothing but duplication of the recognized claim for shortened expectation of life.

The Court could not agree with the Appellate Division that where a survival action for the benefit of a deceased's estate is tried by judge and jury the jury should be instructed as a matter of law that $10,000 is the present upper limit of an award. Rather than fix

**Douglas R. Crosby, administrateur de la succession de Douglas Kim Crosby** *(Défendeur) Appelant;*

et

**Victor Vincent O'Reilly et Gulf Oil Company Ltd.** *(Défendeurs) Intimés.*

1974: le 30 mai; 1974: le 28 juin.

Présents: Le Juge en chef Laskin et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

*Dommages-intérêts—Le de cujus est mort dans un accident d'automobile— Dommages-intérêts pour perte d'expectative de vie—Quantum—La Perte des agréments de la vie ne peut être considérée comme un chef de dommages additionnel—The Trustee Act, R.S.A. 1955, c. 346, art. 32 (devenu The Administration of Estates Act, R.S.A. 1970, c. 1, art. 51).*

Le *de cujus* est mort presque sur le coup à l'âge de 22 ans dans une collision impliquant deux automobiles de laquelle les intimés ont reconnu être responsables. Il était une personne exceptionnelle tant par ses succès académiques que par la variété de ses domaines d'intérêt, et une brillante carrière de physicien spécialisé dans la recherche s'ouvrait à lui. Dans une action intentée en vertu de l'art. 32 du *Trustee Act* (Alberta), le jury a prononcé un verdict de $90,000 pour perte d'expectative de vie. La Division d'appel a réduit l'indemnité à $10,000. L'administrateur de la succession a alors interjeté appel devant cette Cour.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être rejeté.

Concernant la question de la perte des agréments de la vie comme second chef de dommages dans une action de survivance intentée par le représentant personnel du *de cujus* pour un délit civil, la Division d'appel a, à juste titre, rejeté les prétentions que celui qui est l'appelant en cette Cour avait fait valoir en faveur de la reconnaissance de ce chef de dommages en tant que tel. Lorsque ce chef de dommages est réclamé dans une action de survivance, il ne fait que double emploi avec le chef de dommages reconnu de diminution d'expectative de vie.

La Cour ne peut être d'accord avec la Division d'appel que lorsqu'une action de survivance en faveur de la succession d'un *de cujus* est instruite devant un juge et jury il faille dire au jury, comme question de droit, que la somme de $10,000 représente actuelle-

the direction as one of law governing the upper limit of an award, the trial judge should direct the jury, in the light of the evidence respecting the deceased in all of his or her qualities, mode of life and prospects, in the light of age and physical condition, that a figure beyond a particular sum, which may be less than $10,000, may be regarded as excessive.

*Rose v. Ford*, [1937] A.C. 826, followed; *Benham v. Gambling*, [1941] A.C. 157; *Bechtold v. Osbaldeston*, [1953] 2 S.C.R. 177, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division[1], reducing the amount of general damages awarded by a jury on a claim under s. 32 of *The Trustee Act*. Appeal dismissed.

*K. L. Crockett, Q.C.*, for the plaintiff, appellant.

*J. D. Cregan, Q.C.*, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This case originated in an action brought under s. 32 of *The Trustee Act*, R.S.A. 1955, c. 346 (now s. 51 of *The Administration of Estates Act*, R.S.A. 1970, c. 1) by the administrator of the estate of Douglas Crosby who died almost instantly in a two car collision for which the respondents admitted liability. The action was tried by Manning J. and a jury who were charged that they were to assess damages on only the one head of loss of expectation of life. The jury brought in a verdict of $90,000. On appeal, the Alberta Appellate Division reduced the award to $10,000. The plaintiff has appealed to this Court, seeking, *inter alia*, a restoration of the jury's verdict and submitting, moreover, that the jury should have been directed to consider two heads of damage, namely, loss of expectation of life and loss of the amenities of life.

[1] [1973] 6 W.W.R. 632, 43 D.L.R. (3d) 571.

ment la limite maximale de l'indemnité. Plutôt que de fixer, comme une question de droit, la limite maximale d'une indemnité, le juge de première instance devrait dire au jury, à la lumière de la preuve concernant le *de cujus*, homme ou femme, dans toutes ses qualités, manières de vivre et perspectives d'avenir, à la lumière de son âge et de son état de santé, qu'un chiffre excédant une certaine somme, pouvant être inférieure à $10,000, peut être considéré comme excessif.

Arrêt suivi: *Rose v. Ford*, [1937] A.C. 826. Arrêts mentionnés: *Benham v. Gambling*, [1941] A.C. 157; *Bechtold c. Osbaldeston*, [1953] 2 R.C.S. 177.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel[1] de la Cour suprême de l'Alberta réduisant le montant des dommages généraux accordés par un jury sur une demande déposée en vertu de l'art. 32 du *Trustee Act*. Pourvoi rejeté.

*K. L. Crockett, c.r.*, pour le demandeur, appelant.

*J. D. Cregan, c.r.*, pour les défendeurs, intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—La présente cause découle d'une action intentée en vertu de l'art. 32 du *Trustee Act*, R.S.A. 1955, c.346 (devenu l'art. 51 du *Administration of Estates Act*, R.S.A. 1970, c.1) par l'administrateur de la succession de Douglas Crosby qui est mort presque sur le coup dans une collision impliquant deux automobiles de laquelle les intimés ont reconnu être responsables. La demande a été jugée par M. le Juge Manning et un jury à qui on a dit d'évaluer les dommages sur le seul chef de perte d'expectative de vie. Le jury prononça un verdict de $90,000. En appel, la Division d'appel de l'Alberta a réduit l'indemnité à $10,000. Le demandeur a interjeté appel devant cette Cour à l'effet, en autres choses, de faire rétablir le verdict du jury et de soutenir, en outre, qu'on aurait dû dire au jury de tenir compte de deux chefs de dommages, à savoir, perte d'expectative de vie et perte des agréments de la vie.

[1] [1973] 6 W.W.R. 632, 43 D.L.R. (3d) 571.

Section 32 of *The Trustee Act* reads as follows:

32. (1) The executors or administrators of any deceased person may maintain an action for any tort or injury to the person or to the real or personal estate of the deceased except in cases of libel and slander, in the same manner and with the same rights and remedies as the deceased would if living have been entitled to do.

(2) The damages when recovered form part of the personal estate of the deceased.

(3) The action shall be brought only within one year after the death of the deceased person.

This provision was taken over by Alberta from the *Trustee Ordinance* of the Nort West Territories, 1903 (2nd sess.), c. 1, s. 29, and hence was in force there long before the enactment by the British Parliament of the *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act*, 1934 (U.K.), c. 41, which, by s. 1(1), provided that causes of action subsisting against or vested in a person on his death should survive against or for the benefit of his estate. In *Rose v. Ford*[2], the House of Lords held that a claim for shortened expectation of life could be asserted by the personal representative of a deceased, killed by another's negligence, as being one that had vested in the deceased at his death and hence was covered by the survival statute. This decision was then followed in various Canadian provinces which, having had similar legislation to that later enacted for England, now recognized a head of damage not theretofore apparent to their courts. The question of the correctness of the decision in *Rose v. Ford*, which is to give damages for death otherwise than under fatal accidents legislation, has been the subject of some periodical literature in this country: see, for example, Wright, "The Abolition of Claims for Shortened Expectation of Life by a Deceased's Estate", (1938) 16 *Can. Bar Rev.* 193; Bowker, "The Uniform Survival of Actions Act", (1964) 3 *Alta. L. Rev.* 197; Laycraft, "Survival of Claims for Loss of Expectation of Life", (1964) 3 *Alta. L. Rev.* 202; and *cf.* Dunlop, "The High Price of Sympathy, Damages for Personal Injuries",

[2] [1937] A.C. 826.

L'article 32 du *Trustee Act* se lit comme suit:

[TRADUCTION] 32. (1) Les exécuteurs ou administrateurs du *de cujus* peuvent introduire une action pour tout délit civil ou préjudice dont ont souffert la personne ou les biens meubles ou immeubles du *de cujus*, les cas de diffammation écrite ou orale exceptés, de la même façon et avec les mêmes droits et recours que si le *de cujus* avait vécu.

(2) Les dommages-intérêts recouvrés font partie de la succession personnelle du *de cujus*.

(3) L'action se prescrit par un an après le décès du *de cujus*.

Cette disposition, héritée de la *Trustee Ordinance* des Territoires du Nord-Ouest, 1903 (2e session), c.1, art. 29, l'Alberta l'a continuée, et par conséquent elle était en vigueur bien longtemps avant l'adoption par le Parlement britannique de la loi dite *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act*, 1934(R.-U.), c. 41, une loi qui prévoyait, par l'art. 1, par. (1), que les causes d'action qui, au décès, appartenaient à la personne décédée ou lui étaient opposables devaient survivre en faveur ou à l'encontre de sa succession. Dans l'affaire *Rose v. Ford*[2], la Chambre des lords a statué que le représentant personnel d'un *de cujus* tué par la faute d'autruit pouvait réclamer pour diminution d'expectative de vie en faisant valoir que le *de cujus* était déjà investi de ce recours au moment de son décès et que le recours était par conséquent visé par la «loi de survivance» précitée. Cette décision fut ensuite suivie dans diverses provinces du Canada qui, déjà pourvues d'une législation semblable à celle qu'on venait seulement d'adopter pour l'Angleterre, reconnurent alors un chef de dommages qui jusque là n'avait pas été apparent à leurs tribunaux. La question du bien-fondé de la décision rendue dans l'affaire *Rose v. Ford*, qui a eu pour effet d'accorder des dommages-intérêts pour cause de décès autrement qu'en vertu de la législation sur les accidents mortels *(Fatal Accidents Acts)*, a été un sujet d'articles de revues dans notre pays. Voir par exemple: Wright, «The Abolition of Claims for Shortened Expectation of Life by a

[2] [1937] A.C. 826.

(1967) 17 *U. of T. L.J.* 51 at pp. 55ff. It is enough to say here that such a claim exists in Canada today only in Alberta and in Manitoba, in both of which *Rose v. Ford* has been consistently followed, there having been no legislative abrogation of its principle in those provinces as has been the case elsewhere in Canada. In the present case, neither party has urged that the principle of *Rose v. Ford* be re-examined. Indeed, counsel for the appellant asks that it be extended. I proceed therefore with the issues raised in this appeal, accepting the correctness of *Rose v. Ford* as far as it goes.

The evidence makes it clear that the deceased, 22 years of age at the time of his death on March 21, 1967, was an exceptional person both in educational achievement and in the range of his interests, and a brilliant career as a research physicist was forecast for him. He was unmarried and had no dependants, so that no issue arises of any possible concurrent or overlapping claims under fatal accidents legislation. To the extent that a substantial award should be made in a survival action for the benefit of a deceased's estate, this is a case where, having regard to its favourable facts, it should be done.

On the basis that the damages are awarded only for shortened expectation of life, the question at issue is the extent of the compensable interest of the deceased's personal representative in a loss that is personal to the deceased. The anomaly of an award in any amount is obvious if it be the case that it is compensation to the injured party and not penalty or punishment of the wrongdoer that is the governing principle. We are not concerned with a case where it is the tortfeasor who has died. That

Deceased's Estate», (1938) 16 *Rev. Bar. Can.* 193; Bowker, «The Uniform Survival of Actions Act» (1964) 3 *Alta. L. Rev.* 197; Laycraft, «Survival of Claims for Loss of Expectation of Life», (1964) 3 *Alta L. Rev.* 202; et *cf.* Dunlop, «The High Price of Sympathy, Damages for Personal Injuries», (1967) 17 *U. of T. L.J.* 51 aux pp. 55 et suiv. Il suffit de dire ici qu'un tel recours n'existe actuellement au Canada qu'en Alberta et au Manitoba, où l'arrêt *Rose v. Ford* a été constamment suivi du fait qu'on en a pas abrogé le principe par voie législative comme on l'a fait ailleurs au Canada. En l'espèce présente, les parties n'ont pas demandé que le principe de l'arrêt *Rose v. Ford* soit remis en cause. En fait, l'avocat de l'appelant demande qu'il soit étendu. Je passe donc aux questions soulevées en l'appel, acceptant le bien-fondé de l'arrêt *Rose v. Ford* pour ce qu'il décide.

D'après la preuve, il est évident que le *de cujus*, âgé de 22 ans au moment de son décès le 21 mars 1967, était une personne exceptionnelle tant par ses succès académiques que par la variété de ses domaines d'intérêt, et qu'une brillante carrière de physicien spécialisé dans la recherche s'ouvrait à lui. Vu qu'il était célibataire et sans personne à charge, il n'existe, par conséquent, aucune possibilité de réclamation concurrente ou chevauchante en vertu d'un *Fatal Accidents Act*. Dans la mesure où une indemnité importante devrait être accordée dans une «action de survivance» au profit de la succession d'un défunt, il s'agit d'un cas où, eu égard aux facteurs favorables qu'il recèle, elle devrait l'être.

Dans la mesure où les dommages-intérêts ne sont accordés que pour diminution d'expectative de vie, la question en litige est celle de l'importance de l'indemnité recouvrable par le représentant personnel du *de cujus* à l'égard d'une perte qui est personnelle au *de cujus*. Le caractère anormal d'un tel dédommagement, quelle que soit son importance, est évident si l'on admet que le principe directeur est de dédommager la partie lésée et non de pénaliser ou d'infliger une peine à l'auteur du dommage.

would present an entirely different situation from the standpoint of compensating the injured party.

In the present case, the Alberta Appellate Division, founding itself upon the judgment of the House of Lords in *Benham v. Gambling*[3], concluded that the sum to be awarded must be determined as a matter of law because it is not amenable to fact. This is, it seems to me, too rigid a position to take because, it being accepted that shortened expectation of life is compensable in favour of an estate, there must still be variation in awards, however narrow the range, according to what Lord Simon in *Benham v. Gambling* described as "the prospective balance of happiness in years that the deceased might otherwise have lived". The Appellate Division made its award of $10,000 by adopting as a conventional award the sum of $7,500, sustained by this Court in *Bechtold v. Osbaldeston*[4], and raising it to recognize the difference in the value of money since that case was decided. It is clear that this was not done as an exercise in mathematical accuracy, but as a matter of choosing a sum that would be the upper limit of a conventional approach to this head of damage in Alberta. Subject to the question whether the loss of amenities of life should have been considered as an additional head of damage and to the assertion of the Alberta Appellate Division that the trial judge should have instructed the jury that $10,000 was the upper limit, I would not interfere with the reduced award by the Appellate Division on a matter which has become a local provincial question in Canada.

[3] [1941] A.C. 157.
[4] [1953] 2 S.C.R. 177.

Nous n'avons pas à juger d'un cas où c'est l'auteur du dommage qui est décédé, qui présenterait une situation toute à fait différente du point de vue du dédommagement de la partie lésée.

En l'espèce, la Division d'appel de l'Alberta, se fondant sur le jugement de la Chambre des Lords rendu dans l'affaire *Benham v. Gambling*[3], a conclu que la somme à accorder doit être déterminée comme une question de droit car on ne peut la justifier par des faits. Ceci est à mon avis une position trop rigide car, acceptant qu'une diminution d'expectative de vie peut donner lieu à dédommagement en faveur d'une succession, il faut encore qu'il y ait différence dans les indemnités, si étroite que soit la gamme, en fonction de ce que Lord Simon décrivait dand l'affaire *Benham v. Gambling* comme [TRADUCTION] «les aléas prévisibles du bonheur durant les années que le défunt aurait pu vivre autrement». La Division d'appel a accordé $10,000 d'indemnité en adoptant comme indemnité de convention la somme de $7,500, confirmée par cette Cour dans l'affaire *Bechtold c. Osbaldeston*[4], et en l'augmentant de façon à tenir compte de la dévaluation de l'argent depuis l'arrêt *Bechtold*. Il est clair qu'on n'a pas voulu par là faire preuve de précision mathématique, mais choisir un montant qui représenterait la limite maximale à laquelle pourrait donner droit ce chef de dommages en Alberta suivant une approche d'évaluation convenue. Sous réserve de la question de savoir s'il fallait considérer comme un chef de dommages supplémentaire la perte des agréments de la vie, et de l'affirmation de la Division d'appel de l'Alberta selon laquelle le juge de première instance aurait dû dire au jury que la limite maximale était de $10,000, je ne modifierais pas l'indemnité réduite de la Division d'appel, s'agissant d'une question devenue d'intérêt local provincial au Canada.

[3] [1941] A.C. 157.
[4] [1953] 2 R.C.S. 177.

Turning to the question of the loss of the amenities of life as a second head of damage in a survival action in tort brought by the deceased's personal representative, I am of the opinion that the Alberta Appellate Division correctly rejected the present appellant's submissions for its recognition as such. I say nothing about it as a separate head of damage in an action by an injured living person, be he or she permanently unconscious or not, nor about its relation in that connection to a claim for shortened expectation of life. Where, however, the claim is asserted in a survival action as here, I can see nothing but duplication of the recognized claim for shortened expectation of life, even if it be the case that in a living person situation loss of the amenities of life may call for a larger award than would be given for loss of expectation of life alone: *cf.* Fleming, *Law of Torts*, 4th ed., 1971, at pp. 207-8.

Passant à la question de la perte des agréments de la vie comme second chef de dommages dans une action de survivance intentée par le représentant personnel du *de cujus* pour un délit civil, j'estime que la Division d'appel de l'Alberta a, à juste titre, rejeté les prétentions que celui qui est l'appelant en cette Cour avait fait valoir en faveur de la reconnaissance de ce chef de dommages en tant que tel. Je ne dis rien de ce chef de dommages en tant qu'article de réclamation distinct dans une action intentée par une personne blessée mais en vie, quelle soit ou non inconsciente de façon permanente, ni du lien qu'il peut avoir à cet égard avec une réclamation pour diminution d'expectative de vie. Toutefois, lorsque ce chef de dommages est réclamé dans une action de survivance, comme c'est le cas en l'espèce, je ne puis que constater qu'il fait double emploi avec le chef de dommages reconnu de diminution d'expectative de vie, même s'il est vrai que pour une personne en vie la perte d'agréments peut exiger une indemnité plus importante que celle que l'on accorderait pour la simple perte d'expectative de vie: *cf.* Fleming, *Law of Torts*, 4e éd., 1971, aux pp. 207-8.

I cannot agree with the Alberta Appellate Division that where a survival action for the benefit of a deceased's estate is tried by judge and jury the jury should be instructed as a matter of law that $10,000 is the present upper limit of an award. I do not think that damages can be so exactly defined by putting them on the basis of a legal limitation. At the same time, it is only common sense, where an appellate court is to have the final say on what is a proper conventional figure, that the jury be given careful guidance lest the result be, as here, an extravagant figure leading to successive appeals at a risk of costs that will eat up the ultimate award. Rather than fix the direction as one of law governing the upper limit of an award, the trial judge should direct the jury, in the light of the evidence respecting the deceased in all of his or her qualities, mode of life and prospects, in the light of age and physical condition, that a figure beyond a particular sum, which may be

Je ne peux être d'accord avec la Division d'appel de l'Alberta que lorsqu'une action de survivance en faveur de la succession d'un *de cujus* est instruite devant un juge et un jury il faille dire au jury, comme question de droit, que la somme de $10,000 représente actuellement la limite maximale de l'indemnité. Je ne pense pas qu'on puisse définir des dommages de manière aussi exacte en leur imposant une limite juridique. Par ailleurs, lorsqu'une cour d'appel doit avoir le dernier mot sur ce qu'est le chiffre approprié qu'il est convenu de fixer, il est tout à fait normal qu'on guide avec soin le jury pour éviter qu'il n'aboutisse, comme ici, à un chiffre extravagant propre à faire l'objet d'appels successifs qui risquent d'avaler complètement l'indemnité finale. Plutôt que de fixer, comme une question de droit, la limite maximale d'une indemnité, le juge de première instance devrait dire au jury, à la lumière de la preuve concernant le *de cujus*, homme ou femme, dans toutes

less than $10,000, may be regarded as excessive.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the plaintiff, appellant: Crockett, Hattersley, Ketchum & Niziol, Edmonton.*

*Solicitors for the defendants, respondents: Milner & Steer, Edmonton.*

ses qualités, manière de vivre et perspectives d'avenir, à la lumière de son âge et de son état de santé, qu'un chiffre excédant une certaine somme, pouvant être inférieure à $10,000, peut être considéré comme excessif.

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureurs du demandeur, appelant: Crockett, Hattersley, Ketchum & Niziol, Edmonton.*

*Procureurs des défendeurs, intimés: Milner & Steer, Edmonton.*

**Notre-Dame Hospital** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Armand Patry** (*Plaintiff*) *Respondent*.

1973: December 10; 1974: June 12.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Pigeon and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Prescription—Bodily injuries—Malpractice—X-Ray burns—Civil Code, Art. 2262.2.*

The wife of respondent Patry was burned in the course of an X-ray treatment in 1960. The eight operations that she underwent between 1960 and June 1965 to remedy the burn proved unsuccessful. An action was instituted against appellant in April 1966, and at the trial the latter's liability was admitted. Mrs. Patry died in 1967. The Court of Appeal affirmed the judgment of the Superior Court, allowing the action. Hence the appeal to this Court on the basis of the prescription of Art. 2262.2 of the *Civil Code*.

*Held*: The appeal should be allowed.

In order to support a distinction between contractual fault and delictual fault as a cause of action based on bodily injury, there would have to be some indication in the wording of Art. 2262.2 of the *Civil Code* of the intention of the legislature to this effect. The rule is that such a distinction may not be made where the law does not make it. Thus, the Quebec Court of Appeal held in *Canadian Youth Hostels Assn. v. Bennet*, [1973] C.A. 1090 that no distinction should be made between contractual and delictual or quasi-delictual liability in relation to trial by jury under Art. 332 of the *Code of Civil Procedure*, 1965. In the circumstances the Court is entitled to disregard past decisions and to rule on the basis of the text. Under Art. 2262.2 of the *Civil Code*, which applies in the case at bar, the right of action was prescribed when the proceedings were instituted.

*Griffith v. Harwood* (1900), 9 Que. Q.B. 299, appeal to S.C.C. quashed 2 P.R. 505; *Caron v. Abbott* (1887), M.L.R., 3 S.C. 375; *Morissette v. Latudal* (1897), 16 R.L. 486; *Regent Taxi and Transport v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] S.C.R. 650, [1932] A.C. 295; *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62; *Canadian Pacific Railway Com-*

**Hôpital Notre-Dame** (*Défenderesse*) *Appelante*;

et

**Armand Patry** (*Demandeur*) *Intimé*.

1973: le 10 décembre; 1974: le 12 juin.

Présents: Le Juge en chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Pigeon et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Prescription—Lésions ou blessures corporelles—Faute professionnelle—Brûlure par radiations—Code civil, art. 2262.2*

L'épouse de l'intimé Patry a été brûlée au cours d'un traitement de radiothérapie en 1960. Les huit opérations qu'elle a par la suite subies pour remédier à la brûlure entre 1960 et juin 1965 se sont avérées infructueuses. Une action a été prise contre l'appelante en avril 1966 et celle-ci a admis sa responsabilité au procès. M^me^ Patry est décédée en 1967. La Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour supérieure accueillant l'action. D'où le pourvoi à cette Cour basé sur la prescription de l'art. 2262.2 du *Code civil*.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être accueilli.

Pour justifier une distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle comme cause d'action découlant de lésions ou blessures corporelles, il faudrait trouver dans le texte de l'art 2262.2. du *Code civil* une indication quelconque de la volonté du législateur en ce sens. La règle est que l'on ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas. La Cour d'appel du Québec a décidé dans *Canadian Youth Hostels Assn. c. Bennet*, [1973] C.A. 1090, qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle quant au procès par jury sous l'art. 332 du *Code de procédure civile* de 1965. Dans les circonstances, il est permis de ne pas tenir compte de la jurisprudence et de statuer d'après le texte. En vertu de l'art. 2262.2 du *Code civil* qui s'applique à l'espèce présente, le droit d'action était prescrit lorsque la poursuite a été intenté.

Arrêts mentionnés: *Griffith c. Harwood* (1900), 9 B.R. 299, appel à C.S.C. cassé 2 R.P. 505; *Caron c. Abbott* (1887), M.L.R. 3 C.S. 375; *Morissette c. Latudal* (1897), 16 R.L. 486; *Regent Taxi and Transport c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, [1932] A.C. 295; *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62; *Canadian Pacific Railway*

*pany v. Robinson* (1891), 19 S.C.R. 292, [1892] A.C. 481; *Ross v. Dunstall, Ross v. Emery* (1921), 62 S.C.R. 393; *Canadian Youth Hostels Assn. v. Bennet*, [1973] C.A. 1090; *La Ville de Louiseville v. Triangle Lumber Co.*, [1951] S.C.R. 516; *X v. Dame Rajotte*, [1940] S.C.R. 203 reversing (1938), 64 Que. Q.B. 484; *G. v. C.*, [1960] Que. Q.B. 161; *Munro v. Pauly*, [1956] R.L. 359; *St-Hilaire v. S.*, [1966] S.C. 249; *Village de la Malbaie v. Boulianne*, [1932] S.C.R. 374, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec[1], affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed without costs.

*L. P. de Grandpré, Q.C.*, for the defendant, appellant.

*André Biron, Q.C.*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This appeal is against a majority decision of the Court of appeal of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court allowing respondent's action in damages against the Hospital. The institution's liability was admitted at the trial and the only defence raised in every court was the prescription by one year enacted in art. 2262 *C.C.*, para. 2, respecting actions *for bodily injuries*. From the reasons of Taschereau J., I extract the statement of facts he took from respondent's factum in the Court of Appeal.

[TRANSLATION] In 1960 Yvonne Marcoux, the wife of Armand Patry, went to Notre-Dame Hospital in Montreal, as recommended by her physician, to get X-ray treatments.

In the course of one such treatment Mrs. Patry was burned. Between 1960 and 1965 plaintiff Mrs. Patry underwent eight (8) unsuccessful operations under anaesthesia, in an effort to remedy the burn suffered by her.

All attempts to heal plaintiff's burn were abandoned in late June 1965. Late in April 1966 an action was instituted against defendant, claiming damages resulting from the X-ray dermatitis suffered by plaintiff.

[1] [1972] C.A. 579.

*Company c. Robinson* (1891), 19 R.C.S. 292, [1892] A.C. 481; *Ross c. Dunstall, Ross c. Emery* (1921), 62 R.C.S. 393; *Canadian Youth Hostels Assn. c. Bennet*, [1973] C.A. 1090; *La Ville de Louiseville c. Triangle Lumber Co.*, [1951] R.C.S. 516; *X c. Dame Rajotte*, [1940] R.C.S. 203 infirmant (1938), 64 B.R. 484; *G. c. C.*, [1960] B.R. 161; *Munro c. Pauly*, [1956] R.L. 359; *St-Hilaire c. S.*, [1966] C.S. 249; *Village de la Malbaie c. Boulianne*, [1932] R.C.S. 374.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec[1], confirmant un jugement de la Cour supérieure. Appel accueilli sans adjudication de dépens.

*L. P. de Grandpré, c.r.*, pour la défenderesse, appelante.

*André Biron, c.r.*, pour le demandeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure accueillant l'action en dommages de l'intimé contre l'Hôpital. La responsabilité de l'institution a été admise à l'enquête et l'unique moyen soulevé dans toutes les cours est la prescription d'un an prévue à l'art. 2262 *C.c.*, par. 2, quand il s'agit d'une action *pour lésions ou blessures corporelles*. Des notes de M. le Juge Taschereau, j'extrais l'exposé des faits tiré du mémoire de l'intimé en Cour d'appel.

En 1960, Dame Yvonne Marcoux, épouse de Armand Patry, se présentait à l'Hôpital Notre-Dame de Montréal pour obtenir, à la suite de la recommandation qui lui en avait été faite par son médecin, des traitements de radiothérapie.

Au cours d'un de ses traitements, Dame Patry a été brûlée. De 1960 à 1965, la demanderesse, Dame Patry, subit huit (8) opérations infructueuses sous anesthésie, opérations qui avaient pour but de tenter de remédier à la brûlure causée à la demanderesse.

A la fin de juin 1965, tous efforts de tenter de guérir la demanderesse de cette brûlure furent abandonnés. A la fin d'avril 1966, action était prise contre la défenderesse pour réclamer les dommages résultant de la radiodermite dont la demanderesse avait été victime.

[1] [1972] C.A. 579.

On July 8, 1967 Yvonne Marcoux, the wife of Armand Patry, died.

For convenience I will quote para. 7 of art. 2260 and arts. 2261 and 2262 of the *Civil Code*, as they stood when the action was brought:

2260. The following actions are prescribed by five years:

. . .

7. For visits, services, operations and medicines of physicians or surgeons and hospital services, reckoning from each service or thing furnished; . . .

2261. The following actions are prescribed by two years:

1. For seduction or lying-in expenses;

2. For damages resulting from offences or quasi-offences, whenever other provisions do not apply;

3. For wages of workmen not reputed domestics and who are hired for a year or more;

4. For hotel and boarding-house charges.

2262. The following actions are prescribed by one year;

1. For slander or libel reckoning from the day it came to the knowledge of the party aggrieved;

2. For bodily injuries, saving the special provisions contained in article 1056 and cases regulated by special laws;

3. For wages of domestic or farm servants, merchants' clerks and other employees who are hired by the day, week or month, or for less than a year.

As is indicated by brackets in the original text of the *Code*, these provisions are all new law except for para. 7 of art. 2260 and para. 1 of art. 2262. The short time period of one year for matters falling within para. 2 of art. 2262 was fixed by the Legislature (29 Vict. c. 41, Resolution 82), in place of the five year period proposed by the codifiers in their third report, as follows:

103a. Civil actions for bodily injury are prescribed by five years if the case is not otherwise regulated by special laws. Actions for seduction and lying-in

Dame Yvonne Marcoux, épouse de Armand Patry, décédait le 8 juillet 1967.

Il me paraît à propos de citer, comme ils se lisaient lors de l'institution de l'action, le par. 7 de l'art. 2260 et les art. 2261 et 2262 du *Code civil:*

2260. L'action se prescrit par cinq ans dans les cas suivants:

. . .

7. Pour les visites, soins, opérations et médicaments des médecins et chirurgiens et les services d'hôpitaux, à compter de chaque service ou fourniture. . . .

2261. L'action se prescrit par deux ans dans les cas suivants:

1. Pour séduction et frais de gésine;

2. Pour dommages résultant de délits et quasi-délits, à défaut d'autres dispositions applicables;

3. Pour salaires des employés non réputés domestiques et dont l'engagement est pour une année ou plus.

4. Pour dépenses d'hôtellerie ou de pension.

2262. L'action se prescrit par un an dans les cas suivants:

1. Pour injures verbales ou écrites, à compter du jour où la connaissance en est parvenue à la partie offensée;

2. Pour lésions ou blessures corporelles, sauf les dispositions spécialement contenues en l'article 1056; et les cas réglés par des lois spéciales;

3. Pour gages des domestiques de maison ou de ferme; des commis de marchands et des autres employés dont l'engagement est à la journée, à la semaine, au mois ou pour moins d'une année.

Comme les crochets l'indiquent dans le texte original du Code, ces dispositions sont toutes de droit nouveau sauf le par. 7 de l'art. 2260 et le par. 1 de l'art. 2262. C'est la Législature qui a fixé le court délai d'un an pour ce qui fait l'objet du par. 2 de l'art. 2262 (29 Vict. c. 41, résolution 82), au lieu des cinq ans proposés par les codificateurs dans leur troisième rapport en ces termes:

103*a*. L'action civile pour injures corporelles, si le cas n'est pas autrement réglé par une loi spéciale, se prescrit par cinq ans. Celles pour séduction et pour

expenses are prescribed by the same period. These prescriptions are unqualified.

The French version of the *Code* referred, as the French version of the foregoing text, to "injures corporelles" for "bodily injuries". In a 1930 statute (c. 98, s. 2) this expression was replaced by "lésions ou blessures corporelles». The English version of this paragraph was never amended. It should also be immediately noted that under art. 2267 the debt is absolutely extinguished in those cases, and no action can be maintained, so that, by the operation of art. 2188, this defence need not be raised by the pleadings.

In refusing to apply the one-year prescription period the Quebec courts have said that the case is one of contractual liability, and that para. 2 of art. 2262 applies only to liability for offences or quasi-offences. This view is based on earlier cases which must be examined. The first, and most important, is that of *Griffith v. Harwood.*[2] An appeal to this Court was quashed because the question was raised on a demurrer.[3]. In that case the Chief Justice, Sir Alexandre Lacoste, wrote the reasons for the judgment of the Court of Appeal the substance of which appears in the following three paragraphs (at pp. 306-307):

[TRANSLATION] The word «injures corporelles" contained in art. 2262 apply, in their literal sense, only to injury by action, as it is referred to by the older writers, that is to assaults causing bodily harm; however, in the view of some persons the phrase used in the English text, "bodily injuries", imparts quite a different meaning to the section, and subjects to prescription by one year any damage resulting from bodily injury, whether produced by a delict or a quasi-delict. This is the interpretation given to this article by the Supreme Court in *Canadian Pacific Ry. Co. & Robinson* (19 S.C.R. 324). Though that judgment was reversed by the Privy Council, the latter upheld the decision of the Supreme Court on this point (1892 A.C. 486). The commissioners who drew up the *Civil Code* support the interpretation of the Supreme Court in their report, for they appear to consider as "injures corporelles" injuries resulting

[2] (1900), 9 Que. Q.B. 299.
[3] (1900), 2 P.R. 505.

frais de gésine se prescrivent par le même temps. Ces prescriptions sont absolues.

Dans la version française du Code on disait, comme dans ce texte-là, «pour injures corporelles». C'est par une loi de 1930 (chap. 98, art. 2) que l'on a substitué à cette expression celle de «lésions ou blessures corporelles». La version anglaise de ce paragraphe n'a jamais été modifiée. Notons aussi dès maintenant qu'en vertu de l'art. 2267, la créance est absolument éteinte dans les cas dont il s'agit et nulle action n'est recevable de sorte que, par l'effet de l'art. 2188, ce moyen n'a pas besoin d'être soulevé dans les pièces de plaidoirie.

Pour refuser d'appliquer la prescription d'un an, les cours du Québec ont dit qu'il s'agissait ici d'une responsabilité contractuelle et que le par. 2 de l'art. 2262 ne vise que la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Cette décision est fondée sur des arrêts antérieurs qu'il importe d'examiner. Le premier et le plus important, c'est *Griffith c. Harwood*[2]. La question ayant été soulevée par inscription en droit, le pourvoi à cette Cour a été cassé[3]. Dans cette affaire-là, Sir Alexandre Lacoste, juge en chef, a exposé les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel dont toute la substance tient dans les trois alinéas que voici (aux pp. 306-307):

Les mots «injures corporelles,» qui se trouvent dans l'article 2262, ne s'appliquent, d'après leur sens littéral, qu'aux injures par action, comme les appellent les anciens auteurs, c'est-à-dire aux voies de fait causant des lésions corporelles, mais l'expression qui se trouve dans le texte anglais «bodily injuries» donne, d'après quelques uns, un tout autre sens à l'article et rend prescriptible par un an tout dommage résultant de lésions corporelles qu'elles proviennent d'un délit ou d'un quasi délit. C'est l'interprétation que la cour suprême a donnée à cet article dans la cause de *Canadian Pacific Ry. Co. & Robinson* (19 S.C.R., p. 324). Bien que ce jugement ait été renversé par le conseil privé, cependant, ce dernier a confirmé l'opinion de la cour suprême sur ce point. (H.L. & P.C., 1892, p. 486). Les commissaires qui ont préparé le code civil justifient, dans leur rapport, l'interprétation de la cour suprême, car ils semblent considérer

[2] (1900), 9 B.R. 299.
[3] (1900), 2 R.P. 505.

from accidents involving factory employees. In any case, it is unnecessary to decide this question, since in our opinion the fault alleged against the doctor is contractual in nature, and art. 2262 does not apply to contractual fault. . .

Though negligence or want of skill in the services a doctor is required to perform constitutes contractual fault, he is only liable for gross negligence, rather than the slight or very slight negligence for which an individual is liable in quasi-delict, and it is improper to apply the rule of delicts and quasi-delicts in place of that relating to contracts (Fromangeot, *De la faute*, pp. 89 *et seq.*, 240 *et seq.*; 8 Huc, No. 419; Dalloz, *Rép.* see "Responsabilité", 128-132; Supplément, 156-158).

In my view there is no doubt that Art. 2262 does not apply in this case. In civil law the word *injury* is a delict or quasi-delict, and a *bodily injury* must relate to a delict or quasi-delict (Bouvier, *Law Dict.*, vo. Injury in civil law).

In effect, the only reason given is in the last paragraph. Referring to the book cited (15th Ed., 1884), at the place indicated, one sees:

*In Civil Law.* A delict committed in contempt or outrage of any one, whereby his body, his dignity, or his reputation is maliciously injured; Voet, Com. ad Pand. 47, t. 10, n. 1.

This wording is almost identical with that found in editions prior to the drafting of the *Code*. Thus, in the 1848 edition one reads:

INJURY, *in the civil law*, in the technical sense of the term, is a delict committed in contempt, or outrage of any one, whereby his body, his dignity, or his reputation is maliciously injured. Voet, Com. ad Pand. lib. 47, t. 10, n. 1.

It is important to note that in this book one finds, upon looking up the term "civil law", that the expression means Roman law. In the 1884 edition one reads:

*Civil Law.* This term is generally used to designate the Roman jurisprudence, *jus civile Romanorum.*

Furthermore, the book cited at the word "injury" shows that Roman law is undoubtedly meant. The title of Voet's book is *Commentari-*

comme «injures corporelles» les blessures résultant d'accidents qui arrivent aux employés des fabriques. Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas à décider cette question, car nous sommes d'opinion que la faute imputée au médecin est contractuelle, et que l'article 2262 ne s'applique pas à la faute contractuelle . . .

Si la négligence ou l'inhabilité dans les services que le médecin est appelé à rendre constitue une faute contractuelle, il n'est responsable que de sa faute lourde au lieu de la faute légère et très légère dont chacun est responsable en matière de quasi délit, et c'est à tort qu'on appliquerait la règle des délits et quasi délits au lieu de celle des contrats. (Fromangeot, de la faute, pp. 89 et suiv., 240 et suiv.; 8 Huc, no. 419; Dalloz, Rép. vo. *Responsabilité,* 128 à 132; Supplément, 156 à 158).

Il ne me paraît pas douteux que, dans ce cas, l'art. 2262 ne s'applique pas. En droit civil, le mot *injury* est un délit ou quasi délit et un *bodily injury* doit se rapporter au délit ou au quasi délit. (Bouvier, Law Dict., vo. Injury in civil law.)

En définitive, l'unique motif retenu tient dans le dernier alinéa. Si l'on regarde l'ouvrage cité (15e éd. 1884) à l'endroit indiqué, on lit:

[TRADUCTION] *En droit civil.* Un délit commis par mépris ou outrage envers quelqu'un, par quoi il est malicieusement porté atteinte à sa personne, sa dignité ou sa réputation; Voet, Com. ad Pand. 47, t. 10, no 1.

Ce texte est à peu près identique à celui que l'on trouve dans les éditions antérieures à la rédaction du Code. Ainsi, dans celle de 1848, on lit:

[TRADUCTION] INJURE, *en droit civil*, au sens technique du mot, c'est un délit commis par mépris ou outrage envers quelqu'un, par quoi il est malicieusement porté atteinte à sa personne, sa dignité ou sa réputation. Voet, Com. ad Pand. lib. 47 t. 10, no 1.

Ce qui est important c'est que, dans cet ouvrage, on voit au mot «civil law» que cette expression y désigne *le droit romain.* Dans l'édition de 1884, on lit:

[TRADUCTION] *Droit civil.* Cette expression est généralement employée pour désigner le droit romain, *jus civile Romanorum.*

D'ailleurs, l'ouvrage cité au mot «injury» démontre qu'il s'agit bien du droit romain. En effet, le titre du livre de Voet est *Commentarius*

*us ad Pandectas*. The passage referred to by Bouvier commences as follows:

1. As the law is subject to various interpretations *(l. pen. et ult. ff. de justitiâ et Jure.)* so the meaning of the word Injury is not always the same. *(Princ. Inst. h.t.)* But in this place the word Injury is used for Reproach *(Libel)*, by many explained to be an offence against good morals, although it seems more correct to say that it is an act of insult against a free man, by which either his person, his honour or his good name, is defamed.

It should be noted that the Superior Court and the Court of Review had previously limited the application of art. 2262, para. 2 to the *injuria* of Roman law: *Caron v. Abbott*[4], *Morissette v. Catudal*.[5] These decisions were in fact cited by the respondent in *Griffith v. Harwood*, as may be seen at p. 305 of 9 Qué. Q.B.

This particular meaning of the word "injuria" in Roman law was undoubtedly not, at the time the *Civil Code* was drafted, the ordinary meaning either of "injuries" or of "injures". In the 1848 edition of *Bouvier's Law Dictionary*, at the beginning of a long article devoted to the word "injury", one reads:

INJURY, a wrong or tort.

2.- Injuries are divided into public and private; and they affect the person, personal property, or real property.

3.-1. They affect the *person* absolutely or relatively; the *absolute* injuries are threats and menaces, assaults, batteries, wounding, mayhems; injuries to health, by nuisances or medical malpractices; those affecting reputation are verbal slander, libels, and malicious prosecutions; and those affecting personal liberty are, false imprisonment and malicious prosecutions.

It will be noted that the author mentions "medical malpractices". Turning to the French authors, one finds in Dareau, *Traité des Injures*, 1785, Vol. 1, pp. 172-178, under the heading *Des injures par action* ("Of injuries by action"):

[TRANSLATION] Incompetence or ignorance does not exonerate from damages: thus a Doctor, a Surgeon,

[4] (1887) M.L.R., 3 S.C. 375.
[5] (1897), 16 R.L. 486.

*ad Pandectas*. Le début du texte auquel Bouvier renvoie est comme suit:

[TRADUCTION] 1. Tout comme la loi est susceptible d'interprétations diverses (*1. pen. et ult. ff. de justitiâ et Jure.*) ainsi le sens du mot Injure n'est pas toujours le même. (*Princ. Inst. h.t.*) Ici le mot Injure est employé pour désigner l'Opprobre (*l'Ignominie*), souvent défini comme une offense aux bonnes moeurs, quoiqu'il semble plus juste de dire que c'est un outrage à un homme libre, par lequel on porte atteinte à sa personne, son honneur ou sa réputation.

Il faut noter que la Cour supérieure et la Cour de Revision avaient restreint l'application de l'art. 2262, par. 2, à l'*injure* du droit romain: *Caron c. Abbott*[4], *Morissette c. Catudal*[5]. Ces décisions étaient d'ailleurs invoquées par l'intimé dans *Griffith c. Harwood*, comme on le voit à la p. 305 de 9 B.R.

Or, il est indubitable que ce sens particulier du mot «injuria» en droit romain n'était pas, à l'époque de la rédaction du *Code civil*, le sens ordinaire ni du mot «injuries», ni du mot «injures». Voici ce qu'on lit dans l'édition de 1848 de *Bouvier's Law Dictionary* au début du long article consacré au mot «injury»:

[TRADUCTION] INJURE, un délit.

2.- Les injures sont publiques ou privées; et elles touchent la personne, les biens mobiliers, ou les biens immobiliers.

3.-1. Elles touchent la *personne* de façon absolue ou relative; les injures *absolues* sont l'intimidation et les menaces, les voies de fait, les coups et blessures, la mutilation; les injures à la santé, par nuisance ou faute médicale; celles qui touchent la réputation sont la diffamation verbale, la diffamation écrite, et les poursuites pénales malicieuses; et celles qui touchent la liberté individuelle sont la détention illégale et les poursuites pénales malicieuses.

On notera que l'auteur mentionne «medical malpractices». Si l'on consulte les ouvrages français, on lira dans *Dareau, Traité des Injures*, 1785, T.I. pp. 172-178 sous le titre *Des Injures par action:*

L'impéritie, l'ignorance n'excusent point de dommages-intérêts: ainsi, un Médecin, un Chirurgien, un

[4] (1887) M.L.R., 3 C.S. 375.
[5] (1897), 16 R.L. 486.

an Apothecary, a Midwife, are liable for faults resulting from ignorance; they are guilty of having taken upon themselves the practice of aspects of an art beyond their capabilities: though their good faith may protect them from the other penalties that courts of law may impose, nevertheless, as the detriment is the same to the person who suffers it, whether or not there has been good faith, damages are nevertheless due . . .

Obviously the word "injure" is no longer current in that sense in French, and this is undoubtedly what led the Legislature to replace it in 1930 by "lésions ou blessures", at the suggestion of Anglin C.J., who said in *Regent Taxi and Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*[6], at p. 674:

. . . the words «for bodily injuries» of the English version are very inaptly rendered in the French version by the word «pour injures corporelles", the meaning of the latter as intended, no doubt, being "pour lésions ou blessures corporelles". While not of present importance, it is, perhaps, not out of place here to suggest legislative action in regard to the French versions of articles 2262 (2) C.C. and of article 1056 C.C. above referred to.

This cannot be considered as legislative approval of the construction placed on this provision in *Griffith v. Harwood.* The new French text shows, on the contrary, that in the English text the word "injuries" does not have the Roman law meaning, which is in keeping with the rule that statutes are to be construed according to the usual meaning of the words. That is not all. The decision of this Court was appealed to the Privy Council[7] where, ruling only on the question of prescription, it was said at p. 302:

The words in art. 2262(2) "for bodily injuries" cannot, their Lordships think, be read literally as they stand. There is no action *for* bodily injuries in the literal sense of those words. A man sues for his wages, but he does not sue for bodily injuries; he sues to recover the damages which he has sustained from the wrongful infliction of bodily injuries. Art 2262(2) must accordingly be read as if it referred to an action brought to recover damages sustained from the wrongful infliction of bodily injuries. Such a construction might (if the words "for bodily injuries"

[6] [1929] S.C.R. 650.
[7] [1932] A.C. 295.

Apothicaire, une Sage-femme, sont tenus des fautes qui caractérisent l'ignorance; ils sont coupables de s'être ingérés dans l'exercice des parties d'un art au-dessus de leur capacité: quoique la bonne foi puisse les mettre à l'abri des autres peines qui sont au pouvoir de la Justice, cependant, comme le préjudice est toujours égal pour celui qui souffre, soit qu'il y ait bonne foi ou non, les dommages-intérêts n'en sont pas moins dus . . .

Évidemment, le mot «injure» n'a plus cours dans ce sens-là en français et c'est sûrement ce qui a déterminé la Législature à le remplacer en 1930 par «lésions ou blessures», à la suggestion de M. le Juge en chef Anglin qui a dit dans *Regent Taxi and Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*[6], à la p. 674:

[TRADUCTION] . . . les mots «for bodily injuries» du texte anglais sont rendus très improprement dans le texte français par les mots «pour injures corporelles», par lesquels on veut dire, sans aucun doute, «pour lésions ou blessures corporelles». Même si cela n'est présentement d'aucune importance, il n'est peut-être pas hors de propos de suggérer une intervention législative à l'égard de la version française des articles 2262.2 et 1056 du Code civil, précités.

On ne saurait voir là une consécration législative de l'interprétation donnée à cette disposition dans *Griffith c. Harwood.* Le nouveau texte français démontre, au contraire, que, dans le texte anglais, le sens du mot «injuries» n'est pas celui du droit romain, ce qui est conforme à la règle que les lois s'interprètent selon le sens usuel des mots. Il y a plus. La décision de cette Cour a fait l'objet d'un appel au Conseil Privé[7] et celui-ci statuant uniquement sur la prescription a dit à la p. 302:

[TRADUCTION] Les mots du par. (2) de l'art. 2262 «for bodily injuries» ne preuvent, selon Leurs Seigneuries, être interprétés littéralement. Il n'y a pas d'action *pour* lésions ou blessures corporelles au sens littéral de ces mots. Une personne intente une action pour son salaire, mais elle n'intente pas d'action pour des lésions ou blessures corporelles; elle intente une action pour recouvrer des dommages qu'elle a subis par suite de lésions ou blessures corporelles causées par une faute. Le par. (2) de l'art. 2262 doit par conséquent se lire comme s'il visait une action inten-

[6] [1929] R.C.S. 650.
[7] [1932] A.C. 295.

stood alone) still leave open the view that the only action referred to in art. 2262 (2) is an action brought to recover damages sustained from the wrongful infliction of bodily injuries upon the plaintiff in the action. But this view is, in their Lordships' opinion, rendered untenable by the words which follow—namely, "saving the special provisions contained in art. 1056". This reference to art. 1056 can only be made for the purpose of ensuring that the one year mentioned in art. 1056 shall prevail over the one year mentioned in art. 2262, thus showing that in the view of the framers of the Code the words "actions for bodily injuries" in art. 2262 would, of their own force, include an action the plaintiff in which was not the person upon whom the bodily injuries had been inflicted.

From this it follows that the present action, being an action to recover damages caused to the community by the wrongful infliction of bodily injuries upon the Brother, is an action for bodily injuries within the meaning of art. 2262(2) and was "prescribed by one year" under that article.

On this basis, should it be said that "the wrongful infliction of bodily injuries" refers only to injuries caused by delictual or quasi-delictual fault? In the study of the meaning of "wrongful" by this Court in *McLean v. Pettigrew*[8], nothing will be found that could warrant such a distinction. Respondent cites what was said by Taschereau J. in *Canadian Pacific Railway Company v. Robinson*[9], at p.324. However, if one reads the whole paragraph, including the portion on p. 325, and not merely the first sentence, it becomes apparent that exactly the contrary was meant.

Now, when art. 2262 decrees that actions for bodily injuries are prescribed by one year, it means all actions for bodily injuries under art. 1053 with, of course, the limitative words of the article itself, "saving the special provisions contained in art. 1056 and cases regulated by special laws". The respondent, to support this contention that the prescription of two years under art. 2261 would have been the only one applicable to an action by Flynn, has based an argu-

[8] [1945] S.C.R. 62.
[9] [1891], 19 S.C.R. 292.

tée pour dommages subis par suite de lésions ou blessures corporelles causées par une faute. Cette interprétation pourrait encore (si les mots «for bodily injuries» étaient isolés) permettre de penser que la seule action visée par le par. (2) de l'art. 2262 est l'action intentée pour des dommages qu'a subis par suite de lésions ou blessures corporelles causées par une faute celui qui s'est porté demandeur dans l'action. Mais cette théorie est, de l'avis de Leurs Seigneuries, rendue insoutenable par les mots qui suivent—savoir, «sauf les dispositions spécialement contenues en l'art. 1056». Ce renvoi à l'art. 1056 ne peut avoir pour but que de préciser que le délai d'un an spécifié à l'art. 1056 prévaudra sur le délai d'un an spécifié à l'art. 2262, montrant ainsi que dans l'esprit des codificateurs les mots «actions for bodily injuries» à l'art. 2262 comprennent, par eux-mêmes, une action où le demandeur n'est pas celui qui a subi les lésions ou blessures corporelles.

D'où il suit que l'action en l'espèce étant intentée par la communauté pour des dommages qu'elle a subis par suite des lésions ou blessures corporelles causées au frère par une faute, est une «action for bodily injuries» au sens du par. (2) de l'art. 2262 et «se prescrit par un an» en vertu de cet article.

En partant de là, faut-il dire que «the wrongful infliction of bodily injuries» doit s'entendre uniquement de blessures causées par une faute délictuelle ou quasi-délictuelle? Si l'on se reporte à l'étude que cette Cour a faite du sens de «wrongful» dans *McLean c. Pettigrew*[8], on ne voit rien qui puisse justifier une telle distinction. L'intimé invoque ce que M. le Juge Taschereau a dit dans *Canadian Pacific Railway Company c. Robinson*[9], à la p. 324. Mais, si on lit tout l'alinéa, y compris ce qui se trouve à la p. 325, et non pas seulement la première phrase, on constate que le texte est entièrement à l'effet contraire:

[TRADUCTION] Or, lorsque l'art. 2262 décrète que les actions pour «injures corporelles» sont prescrites par un an, cela veut dire toutes les actions pour «injures corporelles» intentées sous le régime de l'art. 1053, sous réserve, bien entendu, de la restriction contenue dans l'article lui-même: «sauf les dispositions spécialement contenues en l'art. 1056; et les cas réglés par des lois spéciales». L'intimée, pour étayer sa prétention que la prescription de deux ans de l'art.

[8] [1945] R.C.S. 62.
[9] (1891), 19 R.C.S. 292.

ment on the French version of art. 2262. The words "*injures corporelles*" therein, she said, do not apply to a *quasi-offence*, but merely to an *offence*. There is no doubt that the word "*injures*" in this connection, is generally taken to mean an *injure par voie de fait* or an offence, *délit*; yet, Dareau (*Des Injures*, 55), under the title "*Injures par action*", treats of the damages caused by the negligence of a carriage driver, or by an unskilful surgical operation, and a case in our own courts, *Wood v. McCallum* (3 Rev. de Leg. 360), used the terms and «*action d'injures*» for malicious arrest of a person. Another case of *Smith v. Binet* (1 Rev. de Leg. 504), says: "The contents of a confidential letter are not the subject of an *action d'injures*". Even in the Roman law, "The word *injuria* sometimes means damage", says Thevenot-Dessaules (Dict. du Digeste, see "Injures".)

2261 aurait été la seule applicable à une action intentée par Flynn, a fondé son argument sur la version française de l'art. 2262. Les mots *injures corporelles*» de cet article, dit-elle, ne s'appliquent pas à un *quasi-délit*, mais uniquement à un *délit*. Il n'y a pas de doute que le mot «*injures*» à cet égard, est généralement compris comme signifiant une *injure par voie de fait* ou un *délit*; cependant, Dareau (*Des Injures*, 55), sous le titre «*Injures par action*», traite des dommages causés par la négligence d'un cocher, ou par une intervention chirurgicale maladroite, et un arrêt de nos propres tribunaux, *Wood c. McCallum* (3 Rev. de Leg. 360), a employé l'expression «*action d'injures*» à l'égard d'une arrestation malicieuse. Un autre arrêt, *Smith c. Binet* (1 Rev. de Leg. 504) énonce: «Le contenu d'une lettre confidentielle ne peut faire l'objet d'une *action d'injures*». Même en droit romain «*Quelquefois, le mot injure signifie dommage*», selon Thevenot-Dessaules (Dict. du Digeste, vo. injures).

The case concerned an action brought under art. 1056 *C.C.* by the widow of a workman who died as the result of an accident. He had survived the injuries leading to his death by more than a year, and it was argued that because he had not brought proceedings within that time, his widow's right of action had been lost by prescription. In the context of that case, nothing but delictual or quasi-delictual liability was in issue. It would therefore be a mistake to see in the first sentence an intention to exclude contractual liability. This was not in question, Taschereau J. was only concerned to reject the distinction, advanced by respondent in reliance on Roman law, between bodily harm which qualified as "injury" and that which did not (see p. 301). A further perusal of the text demonstrates that, far from intending to exclude contractual liability, the learned judge included among *injures corporelles* (bodily injuries) which could be covered by the article, damages caused by an unskilful surgical operation, and in doing so relied on the opinion of Dareau. Accordingly it is clear that *Griffith v. Harwood*, which adopted the meaning of the word "injury" in Roman law, in fact departed from the interpretation given to Art. 2262, para. 2 by this Court in the *Robinson* case. This decision was reversed by the Privy Council, which held the prescription

Il s'agissait d'une poursuite intentée en vertu de l'art. 1056 *C.c.* par le veuve d'un ouvrier décédé à la suite d'un accident. Celui-ci avait survécu plus d'un an aux blessures qui avaient causé sa mort et on soutenait que parce qu'il n'avait pas intenté une poursuite dans ce délai-là, le droit d'action de sa veuve était prescrit. Dans le contexte de cette cause-là, il n'était pas question d'autre chose que de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. On aurait donc tort de voir dans la première phrase l'intention d'exclure la responsabilité contractuelle. Il n'en était pas question, M. le Juge Taschereau était uniquement préoccupé de rejeter la distinction que l'intimée prétendait faire entre les blessures qui étaient des «injures» et celles qui n'en étaient pas en invoquant le droit romain (voir p. 301). La suite du texte démontre que l'auteur était tellement loin de songer à exclure la responsabilité contractuelle, qu'il a mentionné parmi les *injures corporelles* qui pouvaient être visées par le texte, les dommages causés par une opération chirurgicale maladroite, se fondant sur ce que dit Dareau. On voit par là que l'arrêt *Griffith c. Harwood*, en se basant sur le sens du mot *injure* en droit romain, est allé véritablement à l'encontre de l'interprétation donnée par cette Cour à l'art. 2262, par. 2, dans l'affaire *Robinson*. Sa décision a été infirmée par le Conseil Privé qui a

of Art. 1056 alone applicable[10]. However, that Court was at pains to say that it saw no reason to put in doubt the correctness of the opinion expressed on the application of art. 2262, para. 2 to the victim's right of action. Though this opinion does not amount to a binding precedent, it is still to be weighed against the *Griffith* decision.

How then should we regard the following passage from the reasons of Mignault J. in *Regent Taxi and Transport* (at p. 679):

[TRANSLATION] Indeed, on the question of prescription, everything depends on the legal basis of the action. If we were dealing here with a breach of contract, in other words a contractual fault, I think that Art. 2262 C.C., relied on by appellant, would be inapplicable. However, I have observed that no contract existed between the parties in the case. The injured brother paid nothing for his trip, and respondent made no payment for his transportation. Nonetheless, the question of prescription can only be resolved when the Court has determined the nature of the remedy that may be claimed by respondent in the circumstances disclosed by the evidence.

Clearly this was merely an *obiter dictum*, as the question of contractual fault was not in issue. The suggestion that contractual liability might exist if the victim had been carried for hire is somewhat surprising. The great weight of judicial opinion rejects the theory of contractual liability for personal injuries in transportation. Further, Mignault J. stated in *Ross v. Dunstall, Ross v. Emery*[11] at p. 422:

The appellant's plea of prescription is not made out, for prescription certainly cannot run before the injury was incurred and these actions were served within the year of the accident. Were this a redhibitory action claiming annulment of the sale, it would possibly be a fatal objection that the respondent Emery allowed the rifle to remain in his possession for three years without firing. But, as I take it, his action can stand, notwithstanding the contractual relations between the parties, upon article 1053 as well as upon articles 1527, 1528 C.C. The former article is applied every day in the case of passengers

[10] [1892] A.C. 481.
[11] (1921), 62 S.C.R. 393.

jugé la prescription de l'art. 1056 seule applicable[10]. Cependant, on a pris soin de dire que l'on ne doutait pas du bien-fondé de l'avis exprimé sur l'application de l'art. 2262, par. 2, au droit d'action de la victime. Même si cet avis n'a pas une valeur de précédent décisif, ce n'est pas moins une opinion à considérer à l'encontre de l'arrêt *Griffith*.

Que dire maintenant du passage suivant des notes de M. le Juge Mignault dans *Regent Taxi and Transport* (à la p. 679):

En effet, sur cette question de prescription, tout dépend du fondement juridique de l'action. Si nous étions en présence de la violation d'un contrat, c'est-à-dire de la faute contractuelle, je crois que l'article 2262 C.C., que l'appelante invoque, serait sans application. Mais j'ai dit qu'il n'y a pas eu de contrat entre les parties en litige. Le frère blessé n'a rien payé pour son passage et l'intimée n'a rien déboursé pour son transport. Il n'en est pas moins certain qu'on ne peut se prononcer sur la question de prescription que lorsqu'on sera fixé sur la nature du recours que peut exercer l'intimée dans les circonstances dévoilées par la preuve.

Il n'y a là évidemment qu'un *obiter dictum*, la question de la faute contractuelle ne se posait pas en l'instance. La suggestion qu'il pourrait y avoir responsabilité contractuelle si le transport de la victime s'était fait moyennant rémunération a de quoi surprendre. Toute la jurisprudence rejette la théorie de la responsabilité contractuelle du voiturier dans le transport de personnes. D'ailleurs, M. le Juge Mignault a dit dans *Ross c. Dunstall, Ross c. Emery*[11], à la p. 422:

[TRADUCTION] Le moyen de prescription soulevé par l'appelant n'a pas été établi, car la prescription ne peut certainement pas courir avant que la blessure ait été subie et ces actions ont été signifiées dans l'année qui a suivi l'accident. S'il s'agissait d'une action rédhibitoire en annulation de la vente, l'objection que l'intimé Emery a eu la carabine en sa possession pendant trois ans sans s'en servir serait possiblement fatale. Mais, à mon avis, son action peut, nonobstant les relations contractuelles entre les parties, reposer autant sur l'article 1053 que sur les articles 1527, 1528 C.C. L'article 1053 est appliqué tous les jours

[10] [1892] A.C. 481.
[11] (1921), 62 R.C.S. 393.

injured while travelling on railway carriages, although a contract is made between them and the railway company for their transportation. And I cannot assent to the broad proposition that where the relations between the parties are contractual there cannot also be an action *ex delicto* in favour of one of them. Very much depends on the circumstances of each particular case.

In any event, in order to support a distinction between contractual fault and delictual fault as a cause of action based on bodily injury, there would have to be some indication in the wording of art. 2262, para. 2, *C.C.*, of the intention of the legislature to this effect. The rule is that such a distinction may not be made where the law does not make it. Thus, the Quebec Court of Appeal has just held (*Canadian Youth Hostels Assn. v. Bennet*)[12], that no distinction should be made between contractual and delictual or quasi-delictual liability in relation to trial by jury, under art. 332 of the *Code of Civil Procedure*, 1965, which is as follows:

> 332. If the amount claimed exceeds five thousand dollars, a trial before a judge and jury may be had in:
>
> *a.* an action for the recovery of damages resulting from personal injuries;
>
> *b.* an action under article 1056 of the Civil Code; and
>
> *c.* an action for damage to corporeal property resulting from an offence or quasi-offence.

If an *action for the recovery of damages resulting from personal injuries* covers contractual liability, why would it be otherwise for an *action for bodily injuries*? The only basis of distinction suggested in the case law is that which was adopted in *Griffith v. Harwood*, and why it must be rejected has been shown.

The article mentions as exceptions, besides art. 1056, *cases regulated by special laws*. As the Privy Council in *Regent Taxi* heavily relied on the reference to art. 1056, it appeared desirable to ascertain what were those *special laws* when the *Civil Code* was drafted. The only

[12] [1973] C.A. 1090.

au cas de passagers blessés en voyageant par chemin de fer, bien qu'un contrat soit intervenu entre les passagers et la compagnie de chemin de fer pour le transport. Et je ne puis admettre la proposition générale que là où les relations entre les parties sont contractuelles, il ne peut exister en même temps un recours délictuel en faveur de l'une d'elles. Tout dépend des circonstances de chaque cas.

De toute façon, pour justifier une distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle comme cause d'action découlant de lésions ou blessures corporelles, il faudrait trouver dans le texte de l'art. 2262, par. 2, *C.c.*, une indication quelconque de la volonté du législateur en ce sens. La règle c'est que l'on ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Ainsi, la Cour d'appel du Québec vient de décider (*Canadian Youth Hostels Assn. c. Bennet*),[12] qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle quant au procès par jury que l'art. 332 du *Code de procédure civile* de 1965 accorde dans les termes suivants:

> 332. Peuvent être instruites devant un juge et un jury, si le montant réclamé excède cinq mille dollars:
>
> *a*) l'action en responsabilité pour dommages à la personne;
>
> *b*) l'action fondée sur l'article 1056 du Code civil; et
>
> *c*) l'action en réparation du dommage causé à un bien corporel, si elle résulte d'un délit ou d'un quasi-délit.

Si *l'action en responsabilité pour dommages à la personne* comprend la responsabilité contractuelle, pourquoi en serait-il autrement de *l'action pour lésions ou blessures corporelles?* La seule base de distinction qui ait été proposée dans la jurisprudence est celle qui a été retenue dans *Griffith c. Harwood* et l'on a vu pourquoi cette base était à rejeter.

Le texte mentionne comme exceptions, outre l'art. 1056, *les cas réglés par des lois spéciales*. Le Conseil Privé ayant, dans *Regent Taxi*, donné une grande importance à la mention de l'art. 1056, il m'a paru à propos de rechercher ce que pouvaient être les *lois spéciales* dont il

[12] [1973] C.A. 1090.

enactments I have found in public laws are s. 83 of the *Railway Act* (C.S.C. 1859, c. 66), s. 74 of the *Joint Stock Companies—Transmission of Timber Act* (C.S.C. 1859, c. 68) and s. 56 of the *Act respecting joint stock companies for the construction of roads and certain other works* (C.S.L.C. 1860, c. 70). They are of no particular significance. The special provisions which have established a short prescription for certain claims against cities and other municipal corporations are all subsequent to the drafting of the *Civil Code*. Those of the *Cities and Towns Act* have been considered in a case in this Court, *La Ville de Louiseville v. Triangle Lumber Co.*[13]. It was held that, due to the words "as the result of an accident", they did not apply to claims for damages on account of a failure to perform a contract. As no such wording is to be found in art. 2262, para. 2, the decision in that case does not appear to be applicable to the case at bar.

For the sake of completeness it should be noted that in 1936 the Cour de Cassation decided to accept the theory of contractual liability of surgeons for malpractice[14], with the result that only thirty-year prescription is applicable. It is not necessary to consider the criticisms directed against that decision. In France, the short prescription for civil actions in delictual matters is governed by the provisions of the *Code d'instruction criminelle* (ss. 635-640). A distinction between contractual and delictual liability is therefore imperative with respect to prescription. This state of the law is quite different from that existing in Quebec, where prescription of civil actions is all governed by the *Civil Code*, under the title *Of Prescription*.

Turning now to Quebec cases subsequent to *Griffith v. Harwood*, the first found is the judg-

[13] [1951] S.C.R. 516.
[14] D.P. 1936. 1. 88.

est question lors de la rédaction du Code civil. Les seuls textes que j'ai trouvés dans les lois publiques sont l'art. 83 de *L'Acte des chemins de fer* (S.R.C. 1859, chap. 66), l'art. 74 de la *Loi des compagnies pour le flottage du bois* (S.R.C. 1859, chap. 68) et l'art. 56 de l'*Acte concernant les compagnies à fonds social pour la construction de chemins et de certains autres travaux* (S.R.B.C. 1860, chap. 70). Je n'y ai trouvé aucune indication utile. Les dispositions spéciales qui ont établi une courte prescription pour certaines réclamations contre les grandes villes et d'autres municipalités sont toutes subséquentes à la rédaction du *Code civil*. Celles de la *Loi des cités et villes* ont fait l'objet d'un arrêt de cette Cour, *La Ville de Louiseville c. Triangle Lumber Co.*[13]. On a jugé que, vu les mots *par suite d'un accident*, le texte ne s'appliquait pas aux réclamations de dommages résultant de l'inexécution d'un contrat. Comme on ne trouve rien de tel à l'art. 2262, par. 2, le principe de cet arrêt ne me paraît pas susceptible d'application en la présente cause.

Afin de ne rien omettre, il convient de mentionner qu'en 1936, la Cour de Cassation a décidé d'admettre la théorie de la responsabilité contractuelle du chirurgien pour sa faute professionnelle[14] avec la conséquence que la prescription trentenaire est seule applicable. Il est inutile d'examiner les critiques formulées contre cet arrêt. En France, la courte prescription de l'action civile en matière délictuelle est établie par les dispositions du *Code d'Instruction criminelle* (art. 635 à 640). La distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle se trouve donc à s'imposer quant à la prescription. Cet état de la législation est totalement différent de celui qui existe au Québec où toute la matière de la prescription des actions civiles est traitée dans le *Code civil* au titre de la *Prescription*.

Voyons maintenant la jurisprudence québecoise subséquente à *Griffith c. Harwood*. On y

[13] [1951] R.C.S. 516.
[14] D.P. 1936. 1. 88.

ment of the Court of Appeal in *X v. Rajotte*[15]. The fault of the surgeon consisted in having left a swab in the patient's abdomen, during an operation on November 8, 1932. The Court observed that it was not until mid-March 1934 that the plaintiff began to suffer pain in consequence, that the action was brought on June 18, 1934, and that accordingly no prescription had run at that time. It will be seen that the Court was merely following the rule in *Ross v. Dunstall* as to the time when prescription begins to run, without touching on the interpretation of art. 2262, par. 2 *C.C.* Similarly, in *G. v. C.*[16], which involved an hemostatic forceps forgotten in plaintiff's abdomen, the presence of the instrument was not apparent until a year before the action was commenced, and plaintiff has suffered no pain prior to that time. Casey J. was thus speaking *obiter* in expressing the view that because the liability was contractual in nature, only the thirty-year prescription was applicable. In the case at bar Casey J. concluded his dissenting opinion as follows:

> On this narrow issue our jurisprudence is far from satisfactory. In these circumstances I am entitled to disregard it and to rely on the texts that I find quite clear.
>
> For these reasons I would apply to this case the rule of C.C. 2262-2 and would maintain this appeal.

This observation seems to me quite proper in view of what we have just seen. For the sake of completeness it only needs to be mentionned that in the reports, besides the decision of the Court of Appeal referred to, there are two judgments of the Superior Court: *Munro v. Pauly*[17] and *St-Hilaire v. S.*[18] The first applies to one-year prescription, and the second holds to the contrary on the basis of *G. v. C.*

[15] (1938), 64 Que. Q.B. 484, reversed [1940] S.C.R. 203.
[16] [1960] Que. Q.B. 161.
[17] [1956] R.L. 359.
[18] [1966] S.C. 249.

trouve d'abord l'arrêt de la Cour d'appel dans *X c. Dame Rajotte.*[15] La faute du chirurgien consistait à avoir oublié une compresse dans l'abdomen de la patiente lors d'une opération faite le 8 novembre 1932. L'arrêt constate que ce ne fut que vers la mi-mars 1934 que la demanderesse commença à en ressentir des douleurs, que l'action a été intentée le 18 juin 1934 et que, par conséquent, aucune prescription n'était acquise à cette date. On voit que le tribunal n'a fait que suivre la règle posée dans *Ross c. Dunstall* quant au point de départ de la prescription, sans toucher à l'interprétation de l'art. 2262 par. 2 *C.c.* De même dans *G. c. C.*[16] où il s'agissait d'une pince hémostatique oubliée dans l'abdomen du demandeur, la présence n'en a été décelée que moins d'un an avant l'institution de l'action et le demandeur n'en avait pas antérieurement ressenti de douleurs.C'est donc *obiter* que M. le Juge Casey y a exprimé l'avis que parce qu'il s'agissait d'une responsabilité contractuelle, la prescription de trente ans était seule applicable. Dans la présente cause, M. le Juge Casey a conclu son opinion dissidente en disant:

> [TRADUCTION] Sur cette question restreinte, notre jurisprudence est loin d'être satisfaisante. Dans ces circonstances il m'est permis de ne pas en tenir compte et de statuer d'après les textes que je considère très clairs.
>
> Pour ces motifs, j'appliquerais à l'espèce présente les dispositions de l'art. 2262-2 C.C. et j'accueillerais l'appel.

Cette observation me semble tout à fait juste en regard de ce que l'on vient de voir. Pour être complet, il suffit de mentionner que l'on trouve dans les recueils de jurisprudence, en outre des arrêts de la Cour d'appel ci-dessus mentionnés, deux jugements de la Cour supérieure: *Munro c. Pauly*[17], *St-Hilaire c. S.*[18]. Le premier applique la prescription d'un an, le second décide le contraire en se fondant sur *G. c. C.*

[15] (1938), 64 B.R. 484, infirmé [1940] R.C.S. 203.
[16] [1960] B.R. 161.
[17] [1956] R.L. 359.
[18] [1966] C.S. 249.

Thus this is far from a consistent series of cases such as in *Village de la Malbaie v. Boulianne*[19]. Further, what Rinfret J. stressed, at p. 389, was that [TRANSLATION] «While the judicial decisions and the practice in the province of Quebec consistently maintained this position, the Municipal Code was entirely revised in 1916.» Nothing of this kind has happened here, and it must be said, with respect, that there is no reason to look upon the fact that the legislature did not see fit to amend the article in the same light as a complete revision.

In my opinion the right of action was prescribed when the proceedings were instituted. Accordingly the appeal should be allowed, the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court, set aside, and the action dismissed. Taking all the circumstances into consideration, no costs will be awarded.

*Appeal allowed; no costs awarded.*

*Solicitors for the defendant, appellant: Tansey, de Grandpré, Bergeron, Lavery, O'Donnell & Clark, Montreal.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent: Biron & Jutras, Drummondville.*

[19] [1932] S.C.R. 374.

On est donc bien loin de se trouver en présence d'une jurisprudence constante comme celle dont il s'agissait dans *Village de la Malbaie c. Boulianne*[19]. De plus, ce dont M. le Juge Rinfret y a fait état à la p. 389, c'est du fait que «Pendant que la jurisprudence et la pratique de la province de Québec s'affirmaient ainsi avec persistance, le *Code municipal* a été complètement refondu en 1916.» Ici, rien de tel ne s'est produit et il me paraît nécessaire de dire, avec respect, que rien ne permet de considérer de la même manière qu'une refonte complète, le fait que le législateur n'a pas jugé à propos de modifer le texte.

Je conclus que le droit d'action était prescrit lorsque la poursuite a été intentée. En conséquence, il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel ainsi que le jugement de la Cour supéreure et de rejeter l'action. Prenant en considération toutes les circonstances, il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

*Appel accueilli; pas d'adjudication de dépens.*

*Procureurs de la défenderesse, appelante: Tansey, de Grandpré, Bergeron, Lavery, O'Donnell & Clark, Montréal.*

*Procureurs du demandeur, intimé: Biron & Jutras, Drummondville.*

[19] [1932] R.C.S. 374.

**Barbara Owen Hill** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

1973: October 23, 24; 1973: December 21.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Motor Vehicles—Accident—Failure to remain at the scene of accident—Touching of vehicles—Whether knowledge of damage or injury relevant—The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 140(1)(a).*

Appellant was driving behind a taxicab which stopped for a red light. On the light turning green the taxicab began to make a right turn but stopped suddenly in order to avoid a pedestrian in a crosswalk and the appellant's vehicle then touched the rear of the taxicab. There was a pause of two or three seconds and then the taxicab driver pulled over to the right of the street, which curved, and out of sight of appellant who, believing that no damage had occurred as a result of the touching, continued to drive to her home. It was subsequently shown that there was a dent in the rear bumper of the taxicab and a value of $60 was placed on this damage. The convicting Justice found that in order to convict it was not ncessary for the appellant to have had knowledge that damage occurred as a result of the touching of the two vehicles.

*Held* (Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and Dickson JJ.: The departure of the taxi driver from the immediate scene does not exculpate the appellant. Further the offence of failing to remain at the scene of an accident contrary to s. 140(1)(*a*) of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202, does not involve *mens rea* since it is not a crime in the real sense but is, rather, part of a comprehensive code for the regulation and control of traffic on the highways enacted in the interest of public safety.

*Per* Spence and Laskin JJ., *dissenting*: The appellant was charged with a breach of a section which only operates "when an accident occurs" and the Crown had failed to prove that an accident had occurred.

**Barbara Owen Hill** *Appelante*;

et

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*.

1973: les 23 et 24 octobre; 1973: le 21 décembre.

Présents: Le Juge en chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson et Laskin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Véhicule automobile—Accident—Omission de rester sur les lieux de l'accident—Véhicules qui se touchent—La connaissance des dommages ou du préjudice est-elle pertinente?—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 140(1) a).*

L'appelante suivait un taxi qui s'est arrêté à un feu rouge. Lorsque le feu est passé au vert, le taxi a amorcé un virage à droite mais il s'est arrêté soudainement afin d'éviter une personne dans un passage pour piétons; le véhicule de l'appelante toucha alors l'arrière du taxi. Après un intervalle de deux ou trois secondes, le chauffeur de taxi s'est dirigé sur le côté droit de la rue. A cet endroit, la rue s'incurve et l'appelante a perdu le taxi de vue. Croyant qu'il n'y avait pas eu de dommages, l'appelante a poursuivi sa route vers sa demeure. On a subséquemment montré qu'il y avait une concavité sur le pare-chocs arrière du taxi, et ce dommage fut évalué à $60. Le juge de paix a conclu qu'afin de déclarer l'appelante coupable, il n'était pas nécessaire qu'elle ait vu qu'un dommage avait été causé par suite du fait que les deux véhicules s'étaient touchés.

*Arrêt* (les Juges Spence et Laskin étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Le* Juge en chef Fauteux et *les* Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et Dickson: Le départ du chauffeur de taxi du lieu même de l'accident ne disculpe pas l'appelante. De plus, l'infraction de ne pas rester sur les lieux d'un accident contrairement à l'art. 140(1) *a*) du *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202, ne comporte pas la *mens rea* puisque ce n'est pas proprement un acte criminel; il fait plutôt partie d'un code complet adopté dans l'intérêt de la sécurité publique et visant la réglementation et le contrôle de la circulation sur la voie publique.

*Les* Juges Spence et Laskin, *dissidents*: L'appelante a été accusée d'une infraction à un article qui ne s'applique que «lors d'un accident» et la Couronne n'a pas réussi à prouver qu'un accident avait eu lieu.

The word "accident" appearing as it does in *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202, Part XIII should be construed to mean a chance occurrence resulting in loss, injury and damages . . . It may be said that the appellant could not have determined whether damage were caused unless she remained at the scene. The taxi driver first drove around the corner out of sight of the appellant and therefore it was he and not the appellant who failed to remain . . . but since there was no proof of damage there was no accident despite the contact.

[*Fenton v. Thorley & Co. Limited*, [1903] A.C. 443; *R. v. Morris*, (1971), 56 Cr. App. R. 175; *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5; *Stephens v. The Queen*, [1960] S.C.R. 823; *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918 referred to].

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario, affirming without reasons the judgment of Osler J.[1] dismissing an appeal by way of stated case from a conviction of failing to remain at the scene of an accident contrary to s. 140(1)(*a*) of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202. Appeal dismissed, Spence and Laskin JJ. dissenting.

*E. L. Greenspan*, for the appellant.

*C. Scullion*, for the respondent.

The judgment of Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and Dickson JJ. was delivered by

DICKSON J.—The appellant, Mrs. Barbara Owen Hill, was convicted at the City of Toronto by W.P. Patterson, a Justice of the Peace, on the charge:

That Barbara Owen Hill, on the 17th day of May, 1971 at the Municipality of Metropolitan Toronto, unlawfully did, an accident having occurred on a highway, to wit on St. Clair Avenue at Avoca Street, at 3:49 p.m., while in charge of a vehicle licence no. 102535, which was directly or indirectly involved in the said accident, fail to remain at or immediately return to the scene of the accident, contrary to Section 143A, S.S. 1, "A" of the Highway Traffic Act.

[1] [1972] 2 O.R. 402.

Le mot «accident» qui figure dans le *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202, Partie XIII, devrait être interprété dans le sens d'évènement fortuit ayant comme conséquence une perte, des blessures ou des dommages . . . On peut dire que l'appelante ne pouvait pas constater s'il y avait eu des dommages si elle ne restait pas sur les lieux. Le chauffeur de taxi a d'abord tourné le coin de la rue hors du champ de vision de l'appelante et c'est donc lui, et non l'appelante, qui a omis de rester sur les lieux; mais puisqu'il n'y a eu aucune preuve de dommage il n'y a pas eu d'accident en dépit du contact entre les voitures.

[Arrêts mentionnés: *Fenton v. Thorley & Co. Limited*, [1903] A.C. 443; *R.v. Morris* (1971), 56 Cr. App. R. 175; *R. c. King*, [1962] R.C.S. 746; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *R.c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5; *Stephens c. The Queen*, [1960] R.C.S. 823; *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918].

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario confirmant sans motifs écrits le jugement du Juge Osler[1] rejetant un appel par voie d'exposé de cause d'une déclaration de culpabilité pour avoir omis de rester sur les lieux d'un accident en contravention de l'art. 140 (1)*a*) du *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202. Pourvoi rejeté, les Juges Spence et Laskin étant dissidents.

*E. L. Greenspan*, pour l'appelante.

*C. Scullion*, pour l'intimée.

Le jugement du Juge en chef Fauteux et des Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON—L'appelante, M^me^ Barbara Owen Hill, a été trouvée coupable par le juge de paix W. P. Patterson, en la ville de Toronto, de l'infraction imputée, savoir:

[TRADUCTION] Le 17 mai 1971, dans la municipalité du Grand-Toronto, lors d'un accident survenu sur une voie publique, soit l'avenue St. Clair (intersection Avoca), à 3 h 49 de l'après-midi, Barbara Owen Hill a illégalement, ayant la charge d'un véhicule immatriculé 102535 directement ou indirectement impliqué dans ledit accident, omis de rester sur les lieux de l'accident ou d'y retourner immédiatement, en contravention de l'art. 143A, par. (1), «A», du *Highway Traffic Act*.

[1] [1972] 2 O.R. 402.

Thereafter, pursuant to *The Summary Convictions Act*, R.S.O. 1970, c. 450, Mrs. Hill applied to the Justice of the Peace to state and sign a case for the opinion of the Supreme Court of Ontario.

The facts, as found by the convicting justice, and narrated in the case stated, are:

(1) On the 17th day of May, 1971, the appellant was travelling along St. Clair Avenue East in the Municipality of Metropolitan Toronto, returning to her home from a French lesson.

(2) A taxicab being driven directly in front of the appellant by one Sidney Bernstein stopped for a red light at Avoca Street. When the light turned green the taxicab began to make a right turn on to Avoca Street but stopped suddenly in order to avoid a pedestrian in a crosswalk. The vehicle driven by the appellant directly behind the taxicab then touched the rear of the taxicab.

(3) After the touching of the two vehicles, there was a pause of two or three seconds. The taxicab driver did not leave his car but drove forward and pulled over to the right of Avoca Street. At this point, Avoca Street was a curving street and the taxicab drove out of the sight of the appellant.

(4) The appellant, believing that no damage had occurred as a result of the touching of the two vehicles continued to drive to her home.

(5) It was subsequently shown that there was a dent in the rear bumper of the taxicab, and a value of $60.00 was placed on this damage.

(6) There was no damage, whatsoever, to the bumper or the vehicle of the appellant.

(7) A police constable of 20 years traffic experience examined the appellant's car and could find no damage to, or mark upon, the vehicle driven by the appellant.

(8) The police constable further stated that in his experience, if there had been a touching of the two vehicles producing damage of the type found upon the taxicab, there would in all probability have been a mark on the front portion of the car driven by the appellant.

(9) The appellant knew that there had been a touching of, but did not believe that there had been any damage caused to the taxicab.

(10) The appellant had nothing to drink on the day in question and was insured at the time for public

Par la suite, en vertu du *Summary Convictions Act*, R.S.O. 1970, c. 450, M^me^ Hill a demandé au juge de paix de rédiger et signer un exposé de cause requérant l'avis de la Cour suprême de l'Ontario.

Les faits, constatés par le juge de paix, et relatés dans l'exposé de cause, sont les suivants:

[TRADUCTION] (1) Le 17 mai 1971, l'appelante roulait sur l'avenue St. Clair est dans la municipalité du Grand-Toronto, revenant chez elle après une leçon de français.

(2) Juste en avant de l'appelante, un taxi que conduisait un nommé Sidney Bernstein s'est arrêté à un feu rouge à l'intersection de la rue Avoca. Lorsque le feu est passé au vert, le taxi a amorcé un virage à droite sur la rue Avoca mais il s'est arrêté soudainement afin d'éviter une personne qui se trouvait dans un passage pour piétons. Le véhicule conduit par l'appelante juste derrière le taxi toucha l'arrière de ce dernier.

(3) Après un intervalle de deux ou trois secondes, le chauffeur du taxi, qui n'est pas descendu de sa voiture, a démarré vers l'avant et s'est dirigé sur le côté droit de la rue Avoca. A cet endroit, la rue Avoca s'incurve et l'appelante a perdu le taxi de vue.

(4) L'appelante, croyant qu'il n'y avait pas eu de dommages, a poursuivi sa route vers sa demeure.

(5) On a subséquemment montré qu'il y avait une concavité sur le pare-chocs arrière du taxi, et ce dommage fut évalué à $60.

(6) Le pare-choc ou le véhicule de l'appelante n'ont été aucunement endommagés.

(7) Un agent de police possédant vingt années d'expérience dans la circulation routière a examiné la voiture de l'appelante et n'a pu y relever ni dommage ni marque.

(8) L'agent de police a déclaré en outre que d'après son expérience si les deux véhicules s'étaient touchés de façon à produire un dommage du genre relevé sur le taxi, il y aurait eu en toute probabilité une marque sur la partie avant de l'automobile conduite par l'appelante.

(9) L'appelante savait que les voitures s'étaient touchées, mais elle ne croyait pas que le taxi avait subi un dommage.

(10) L'appelante n'avait pas consommé d'alcool le jour en question et elle détenait une assurance d'un

liability and property damage in the amount of one million dollars.

(11) I found that in order to convict the appellant upon the charge aforesaid, it was not necessary for the appellant to have had knowledge that damage had occurred as a result of the touching of the automobile driven by her and the taxicab.

(12) Accordingly, I convicted the appellant upon the charge aforesaid.

The point of law upon which the conviction was questioned was:

Did I err in law in holding that as a matter of law, in order to support a conviction upon the charge aforesaid, there was no need for the appellant to have had knowledge that there had been damage caused as a result of the coming into contact of the vehicle of the appellant with another vehicle.

The appeal came before Osler J. who answered the question in the negative, stating:

. . . I am of the view that under the Section of the Act being considered, an "accident" has occurred the moment two vehicles, a vehicle and a pedestrian, or a vehicle and any object come into contact accidentally and that even without damage, the obligation to remain is immediately imposed by the Section.

An appeal from the judgment of Osler J. was dismissed by the Court of Appeal of Ontario without written reasons and, by leave, an appeal has now been taken to this Court.

Section 140(1)(*a*) (formerly s. 143A(1)(*a*)) of *The Highway Traffic Act* of Ontario, R.S.O. 1970, c. 202, provides that "Where an accident occurs on a highway, every person in charge of a vehicle or car of an electric railway that is directly or indirectly involved in the accident shall (a) remain at or immediately return to the scene of the accident; . . ." The word "accident" is not defined in *The Highway Traffic Act* and is not easy of definition as its meaning has a certain chameleon-like quality, changing its colour with the context in which it is found. It may mean simply any chance mishap or unforeseen contingency or occurrence; it may mean something more. Counsel for Mrs. Hill maintained that for the purpose of *The Highway Traffic Act* an "accident" consists of two ele-

million de dollars relative à la responsabilité civile et aux dommages matériels.

(11) J'ai conclu qu'afin de déclarer l'appelante coupable de l'infraction imputée, il n'était pas nécessaire qu'elle ait su qu'un dommage avait été causé.

(12) Par conséquent, j'ai déclaré l'appelante coupable de l'infraction imputée.

La question de droit sur laquelle on conteste la déclaration de culpabilité est la suivante:

[TRADUCTION] Ai-je commis une erreur de droit en concluant qu'en droit il n'était pas nécessaire, pour fonder une déclaration de culpabilité sous l'accusation portée, que l'appelante sache que, par suite du fait que son véhicule était venu en contact avec un autre véhicule, un dommage avait été causé.

L'appel a été entendu par M. le Juge Osler qui a répondu non à la question, déclarant:

[TRADUCTION] . . . Je suis d'avis que sous le régime de la disposition à l'étude, il y a «accident» dès que viennent accidentellement en contact deux véhicules, un véhicule et un piéton, ou un véhicule et quelque autre objet, et je suis d'avis que même s'il n'y a pas de dommages, l'obligation de rester sur les lieux intervient immédiatement en vertu de l'article.

Un appel du jugement de M. le Juge Osler a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario sans motifs écrits, et un pourvoi a été interjeté à cette Cour sur autorisation.

L'al. *a*) du par. (1) de l'art. 140 (autrefois l'art. 143A par. (1), al. *a*)) du *Highway Traffic Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, c. 202, édicte: [TRADUCTION] «lors d'un accident sur une voie publique, toute personne ayant la charge d'un véhicule ou d'une voiture de chemin de fer électrique directement ou indirectement impliqué doit *a*) rester sur les lieux de l'accident ou y retourner immédiatement; . . .» Le mot «accident» n'est pas défini dans le *Highway Traffic Act* et il n'est pas de définition facile car sa signification tient en quelque sorte du caméléon, qui change de couleur selon l'endroit où il se trouve. «Accident» peut signifier simplement toute mésaventure fortuite ou éventualité ou événement imprévu; il peut signifier davantage. L'avocat de M^me^ Hill a soutenu que pour les fins

ments, "chance occurrence" and "resulting loss, injury or damage". Counsel cited *Fenton v. Thorley & Co. Limited*[2], "any unintended or unexpected occurrence which produces hurt or loss" and *Regina v. Morris*[3] at p. 178, "an unintended occurrence which has an adverse physical result". The other view which is open is that expressed by Osler J. that an "accident" occurs the moment two vehicles come into contact accidentally and even without damage. I do not think it necessary at this time to decide whether the view held by Osler J. is the correct one for, on the facts of this case, as I understand them, the mishap which befell Mrs. Hill was productive of damage. Before Osler J. and before the Court of Appeal of Ontario the argument proceeded on the footing that there had been damage but lack of knowledge of that damage on the part of the appellant. A question raised for the first time in this Court by a member of the Court was whether the statement of facts found by the convicting justice could properly be said to comprehend a finding that Mrs. Hill was accountable for the damage to the taxicab. With due respect, I find it difficult to read the stated case, in particular the sequence of events recited in paras. 2 to 5 and para. 11, and reach any conclusion other than that the justice found the dent in the rear bumper of Mr. Bernstein's taxicab to have been caused by Mrs. Hill. Otherwise, why mention the dent? Is the appellate court to speculate, without benefit of transcript or argument, whether the damage was caused by Mrs. Hill or by some other person at some other time and place? Support for the conclusion that the justice found Mrs. Hill responsible for the damage is to be found, I believe, in the wording drafted by Mrs. Hill's solicitor, of the question of law on which the conviction was challenged. There was no reason to frame the question in terms of "damage caused as a result of the coming into contact of the vehicle of the appellant with another vehicle" unless the evidence established beyond reasonable doubt that Mrs. Hill caused damage.

du *Highway Traffic Act* un «accident» se compose de deux éléments: un «événement fortuit» et «une perte, une blessure ou un dommage résultant». L'avocat a cité l'arrêt *Fenton v. Thorley & Co. Limited*[2], [TRADUCTION] «tout événement non voulu ou inattendu qui cause une blessure ou une perte», et l'arrêt *Regina v. Morris*[3], à la p. 178, [TRADUCTION] «un événement non voulu qui a un résultat matériel défavorable». L'autre point de vue à considérer est celui qu'a exprimé M. le Juge Osler, soit qu'il y a «accident» dès que deux véhicules viennent accidentellement en contact, même s'il n'y a pas de dommages. Je ne crois pas nécessaire à ce moment-ci de décider si le point de vue adopté par M. le Juge Osler est le bon car d'après les faits de la présente affaire, comme je les comprends, la mésaventure arrivée à M^me^ Hill a été génératrice de dommage. Devant M. le Juge Osler et devant la Cour d'appel de l'Ontario, l'affaire a été plaidée à partir de la prémisse qu'il y avait eu dommage mais que l'appelante n'en avait pas eu connaissance. En cette Cour, un de mes collègues a soulevé une question dont on n'avait pas parlé auparavant, celle de savoir si l'exposé des faits constatés par le juge de paix qui a déclaré l'appelante coupable pouvait être considéré à bon droit comme contenant une conclusion que M^me^ Hill était responsable du dommage causé au taxi. Avec tout le respect voulu, je peux difficilement lire l'exposé de cause, en particulier le récit des événements figurant aux par. 2 à 5 et au par. 11, et arriver à une conclusion autre que celle que le juge de paix a conclu que la concavité sur le pare-choc arrière du taxi de M. Bernstein a été causée par M^me^ Hill. Autrement, pourquoi aurait-il fait mention de cette marque? La cour d'appel doit-elle faire des conjectures, sans avoir de transcription ou de plaidoiries à sa disposition, sur la question de savoir si c'est M^me^ Hill qui a causé le dommage et non quelqu'un d'autre en d'autre occasion et en d'autres lieux? La conclusion suivant laquelle le juge de paix a conclu que M^me^ Hill était responsable du dommage trouve un

[2] [1903] A.C. 443.
[3] (1971), 56 Cr. App. R. 175.

[2] [1903] A.C. 443.
[3] (1971), 56 Cr. App. R. 175.

I have concluded that the case against Mrs. Hill includes damage and hence, there was an "accident", on any definition of the word, within the meaning of s. 140(1)(*a*).

I would turn now to the main thrust of the argument which was to this effect, that in the absence on the part of Mrs. Hill of knowledge of damage or injury, there was no knowledge that an accident had occurred and, therefore, her failure to remain at the scene was not a voluntary act to constitute the *actus reus* of the offence charged. Counsel referred to the decision of this Court in *Regina v. King*[4]. In that case the accused King, in a confused state following injection of the drug sodium pentothal by his dentist, drove his car into the rear of a parked vehicle. Taschereau J. (as he then was) said, at p. 749 of the report:

> It is my view there can be no "actus reus" unless it is the result of a willing mind at liberty to make a definite choice or decision, or in other words, there must be a willpower to do an act whether the accused knew or not that it was prohibited by law.

The factual footing in *King* bears no resemblance to that in the case at bar. In *King*, the mind of the accused, through no fault of his, was unable to appreciate that he was or might become impaired. He lacked the capacity to appreciate what was occurring. That is not the present case. The mind of the appellant was in no way impaired. Nor was she without knowledge. She knew that the car she was driving had "touched" the car ahead. The only fact of which

[4] [1962] S.C.R. 746.

appui, je crois, dans l'énoncé qu'a fait le procureur de M^me^ Hill de la question de droit sur laquelle la déclaration de culpabilité est contestée. Il n'y avait pas de raison de poser la question en termes de «dommage causé par suite du fait que le véhicule de l'appelante était venu en contact avec un autre véhicule» si la preuve n'établissait pas au-delà de tout doute raisonnable que M^me^ Hill a causé un dommage. Je conclus que les faits opposables à M^me^ Hill comprennent un dommage, et donc, que, quelque définition que l'on adopte, il y a eu «accident» au sens de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 140.

Je passe maintenant à l'argument principal de la plaidoirie, qui est le suivant: M^me^ Hill ne sachant pas qu'il y avait eu dommage ou blessures, la connaissance qu'un accident avait eu lieu était absente et, par conséquent, l'omission de rester sur les lieux n'était pas l'acte volontaire pouvant constituer l'*actus reus* de l'infraction reprochée. L'avocat a cité la décision de cette Cour dans *Regina c. King*[4]. Dans cette affaire-là, l'accusé King, en proie à un état de confusion mentale suite à une injection de penthotal sodique que lui avait faite son dentiste, avait conduit son automobile dans l'arrière d'un véhicule en stationnement. M. le Juge Taschereau (alors juge puîné) a dit, à la p. 749 du recueil:

> [TRADUCTION] Selon moi, il n'est pas d'*actus reus* qui ne soit la conséquence d'un esprit consentant libre de choisir ou décider définitivement; en d'autres termes, il n'est pas d'*actus reus* sans capacité de vouloir poser un acte, que l'accusé sache ou non qu'il est interdit par la loi.

Les faits essentiels dans l'affaire *King* ne ressemblent en rien à ceux de la présente espèce. Dans l'affaire *King*, l'accusé, sans qu'il y ait de sa faute, était incapable de se rendre compte que ses facultés étaient affaiblies ou pouvaient le devenir. Il lui manquait la capacité de se rendre compte de ce qui se passait. La présente affaire est différente. L'esprit de l'appelante n'était d'aucune façon affaibli. Et puis elle savait ce qui était arrivé. Elle savait que l'auto-

[4] [1962] R.C.S. 746.

she was ignorant was the extent of the damage and she had means of readily informing herself of this through inquiry of the taxi driver or examination of the rear of the taxi. Ignorance in this case affords no greater defence than in the case of a driver who unwittingly exceeds the speed limit or inadvertently goes through a red light. The taxicab driver, who "drove forward and pulled over to the right on Avoca Street", was acting in consonance with s. 116(10) of *The Highway Traffic Act* which requires that " . . . no person shall park or stand a vehicle on a highway in such manner as to interfere with the movement of traffic" and his departure from the immediate scene of the accident does not exculpate Mrs. Hill.

The alternative argument was advanced that the offence requires *mens rea* and that Mrs. Hill, on reasonable grounds, thought she had not caused damage to the vehicle ahead; that is to say, she had an honest belief in a state of facts which, if they had really existed, would have made her act in leaving the scene non-culpable. *Beaver v. The Queen*[5] was cited. In my opinion this case is not governed by *Beaver's* case but by the decision of this Court in *The Queen v. Pierce Fisheries Limited*[6], in which Ritchie J. said, p. 13:

> Generally speaking, there is a presumption at common law that *mens rea* is an essential ingredient of all cases that are criminal in the true sense, but a consideration of a considerable body of case law on the subject satisfies me that there is a wide category of offences created by statutes enacted for the regulation of individual conduct in the interests of health, convenience, safety and the general welfare of the public which are not subject to any such presumption. Whether the presumption arises in the latter type of cases is dependent upon the words of the statute creating the offence and the subject-matter with which it deals.

The question is whether the offence created by s. 140(1)(*a*) of *The Highway Traffic Act* is a

[5] [1957] S.C.R. 531.
[6] [1971] S.C.R. 5.

mobile qu'elle conduisait avait «touché» l'automobile qui la précédait. La seule chose qu'elle ignorait, c'était l'étendue du dommage, dont elle pouvait facilement s'informer en demandant au chauffeur du taxi ou en examinant l'arrière du taxi. En l'espèce, l'ignorance n'est pas un meilleur moyen de défense qu'elle ne l'est dans le cas d'un conducteur qui dépasse sans y penser la limite de vitesse permise ou brûle par inadvertance un feu rouge. Le chauffeur de taxi, qui «a démarré vers l'avant et s'est dirigé sur le côté droit de la rue Avoca», a agi conformément à l'art. 116, par. (10), du *Highway Traffic Act*, qui prescrit que [TRADUCTION] «. . . nul ne doit stationner ou arrêter un véhicule sur une voie publique de façon à gêner la circulation», et son départ du lieu même de l'accident ne disculpe pas M^me^ Hill.

Comme argument distinct, on a prétendu que l'infraction reprochée exige la *mens rea* et que M^me^ Hill, pour des motifs raisonnables, a pensé qu'elle n'avait pas causé de dommages au véhicule qui la précédait; en d'autres termes, elle a cru honnêtement à l'existence de faits qui, s'ils eussent existé, auraient enlevé son caractère coupable au départ des lieux de l'accident. L'arrêt *Beaver c. La Reine*[5], a été cité. A mon avis, la présente affaire n'est pas régie par l'arrêt *Beaver* mais par la décision de cette Cour dans l'affaire *La Reine c. Pierce Fisheries Limited*[6] dans laquelle le Juge Ritchie a dit, à la p. 13:

> D'une façon générale, il y a présomption en *common law* que la *mens rea*, l'intention coupable, est un élément essentiel de toutes les infractions proprement criminelles, mais l'étude d'une jurisprudence abondante m'a convaincu qu'il existe une vaste catégorie d'infractions créées par des lois adoptées pour réglementer la conduite des citoyens dans l'intérêt de l'hygiène, de la commodité, de la sécurité et du bien-être public, qui ne sont pas assujetties à cette présomption. La question de savoir si la présomption s'applique à ces derniers cas, dépend des termes de la loi qui crée l'infraction et de l'objet qu'elle poursuit.

La question qui se pose est de savoir si l'infraction créée par l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 140 du

[5] [1957] R.C.S. 531.
[6] [1971] R.C.S. 5.

crime in the "true sense" and the answer must be that it is not. Although the act constituting the offence is proscribed under the sanction of a penalty, it is not a criminal act—*Stephens v. The Queen*[7]. It is, rather, part of a comprehensive code for the regulation and control of traffic on highways, enacted provincially in the interests of public safety. Section 140(1)(*a*) falls within one of the exceptions referred to by Wright J. in *Sherras v. De Rutzen*[8], approved in the *Pierce Fisheries* case, to the general rule that *mens rea* is an essential ingredient of a statutory offence. The exception embraces "acts which . . . are not criminal in any real sense, but are acts which in the public interest are prohibited under a penalty." If *mens rea* is not essential, then whatever Mrs. Hill believed or did not believe is irrelevant. There was an accident on a highway in which she was directly involved; she failed to remain at or return immediately to the scene and was, therefore, properly convicted.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Spence and Laskin JJ. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of reading the reasons prepared by my brother Dickson. If I had the same understanding of the stated case submitted to the Supreme Court of Ontario by the Justice of the Peace who had registered the conviction, I would have agreed that when an accident occurred involving the appellant directly or indirectly and the appellant knew of the occurrence of that accident then, whether or not she was aware that damage had resulted, s. 143A(1) of *The Highway Traffic Act* (now s. 140(1) of R.S.O. 1970, c. 202) required her to remain at or immediately return to the scene of the accident. Failing

[7] [1960] S.C.R. 823.
[8] [1895] 1 Q.B. 918.

*Highway Traffic Act* est «proprement» une infraction criminelle, ce à quoi il faut répondre qu'elle ne l'est pas. Bien que l'acte constituant l'infraction soit prohibé sous peine de sanction pénale, il n'est pas un acte criminel—*Stephens c. La Reine*[7]. Plutôt, il fait partie d'un code complet, adopté par la province dans l'intérêt de la sécurité publique, visant la réglementation et le contrôle de la circulation sur la voie publique. L'al. *a*) du par. (1) de l'art. 140 s'insère dans une des exceptions à la règle générale selon laquelle la *mens rea* est un élément essentiel d'une infraction créée par la loi, mentionnées par le Juge Wright dans l'arrêt *Sherras v. De Rutzen*[8], qui a été approuvé dans l'affaire *Pierce Fisheries*. L'exception embrasse [TRADUCTION] «les actes qui . . . ne sont pas criminels au sens véritable du terme, mais sont des actes prohibés dans l'intérêt public sous peine de sanction pénale.» Si la *mens rea* n'est pas essentielle, alors peu importe ce que M^me^ Hill a cru ou n'a pas cru. Un accident est survenu sur la voie publique dans lequel elle a été directement impliquée et elle a omis de rester sur les lieux ou d'y retourner immédiatement; par conséquent, c'est à bon droit qu'elle a été reconnue coupable.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Le jugement des Juges Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs rédigés par mon collègue le Juge Dickson. Si j'avais compris de la même façon que lui l'exposé de cause soumis à la Cour suprême de l'Ontario par le juge de paix qui a inscrit la déclaration de culpabilité, j'aurais convenu que, dès lors que s'est produit un accident impliquant l'appelante directement ou indirectement, et qu'elle en a eu connaissance, l'art. 143A, par. (1), du *Highway Traffic Act* (maintenant l'art. 140, par. (1), des R.S.O. 1970, c. 202) l'obligeait, qu'elle se soit ou non rendu compte que des dommages s'étaient ensuivis, à rester sur les lieux de l'accident ou à y retourner

[7] [1960] R.C.S. 823.
[8] [1895] 1 Q.B. 918.

such a course, the appellant should have been convicted. This concurrence is based on the circumstance of the present case, *i.e.*, that the appellant knew contact had occurred. Had she not been aware of such contact then I am of the view that no interpretation of the section could have cast upon her the duty of remaining or returning.

My difficulty is that the section only operates "where an accident occurs". It is my brother Dickson's opinion that the Justice of the Peace found that there was not only contact between the taxicab and the vehicle driven by the appellant but that the rear bumper of the taxicab had been damaged to the extent of $60 by such contact. On the other hand, as I read the stated case, which is quoted in full in the reasons of my brother Dickson, I can come to no such conclusion. The Justice of the Peace recites the contact in para. (2) then in paras. (5), (6), (7) and (8) recites the evidence of the discovery of damage to the taxicab with no mark whatsoever appearing on the appellant's vehicle and the evidence of the experienced police constable that in all probability had the taxicab sustained such damage in this contact the appellant's car would also have been marked. The Justice of the Peace made no express finding that, despite the opinion of the constable, such damage had been caused in this accident. In my view, he deliberately refrained from making such finding. Had he so intended, it would have been natural to do so in a paragraph immediately following para. (8). Rather, I am strongly of the opinion that the Justice of the Peace determined he should convict upon proof of the contact between the two vehicles, which was known to the appellant, regardless of whether damage had resulted not merely regardless of whether the appellant knew that such damage had resulted.

immédiatement. Qu'à défaut de ce faire, l'appelante devait être déclarée coupable. Cet assentiment est basé sur les circonstances de la présente affaire, savoir, que l'appelante savait qu'il y avait eu contact. Si elle n'avait pas eu connaissance de ce contact, alors je suis d'avis qu'aucune interprétation de l'article n'aurait pu lui imposer l'obligation de rester sur les lieux ou d'y retourner.

La difficulté que j'éprouve provient de ce que l'article ne s'applique que [TRADUCTION] «lors d'un accident». Mon collègue le Juge Dickson est d'avis que le juge de paix a conclu qu'il n'y avait pas seulement eu contact entre le taxi et le véhicule conduit par l'appelante mais que le pare-chocs arrière du taxi avait subi un dommage évalué à $60. Par contre, d'après mon interprétation de l'exposé de cause, cité au long dans les motifs de mon collègue le Juge Dickson, je ne puis arriver à semblable conclusion. Le juge de paix raconte au par. (2) comment s'est produit le contact et, dans les par. (5), (6), (7) et (8), il relate la preuve concernant la découverte de dommages sur le taxi et l'absence de toute marque sur le véhicule de l'appelante et rapporte le témoignage du policier expérimenté selon lequel si le taxi avait subi semblables dommages lors du contact en question, l'automobile de l'appelante, en toute probabilité, porterait également des marques. Le juge de paix ne conclut pas expressément que, nonobstant l'opinion du policier, le dommage subi par le taxi a été la conséquence de cet accident. A mon avis, il s'est délibérément abstenu de tirer semblable conclusion. S'il avait voulu tirer une telle conclusion, il lui aurait été tout naturel de le faire dans un paragraphe qui aurait suivi immédiatement le par. (8). Plutôt, je suis fermement d'avis que le juge de paix a estimé devoir conclure à la culpabilité sur la seule preuve du contact—un fait dont l'appelante avait eu connaissance—indépendamment de la question de savoir s'il y avait eu dommage résultant et non simplement indépendamment de la question de savoir si l'appelante savait, qu'il y avait dommage résultant.

It is evident that Osler J., upon the appeal by way of stated case, considered that such was the situation before him. After disposing of what he regarded as the main argument of the appellant's appeal as the necessity for an "actus reus", he continued:

> Despite the interesting opinion of Widdifield, County Court Judge, in *Robertson v. McAllister*, (1912) 19 C.C.C. 441, which appears to hold to the contrary, I am of the view that under the Section of the Act being considered, an "accident" has occurred the moment two vehicles, a vehicle and a pedestrian, or a vehicle and any object come into contact accidentally and that even without damage, the obligation to remain is immediately imposed by the Section.

Osler J., therefore, was in exact accord with the view of the law upon which I believe the Justice of the Peace registered a conviction and dismissed the appeal. The Court of Appeal confirmed that disposition. With respect, I am of the opinion that all courts below were in error because the appellant was charged with a breach of a section which only operated "where an accident occurs" and the Crown had failed to prove that an accident had occurred. In my respectful opinion, the word "accident" appearing as it does in a section forming part of Part XIII of *The Highway Traffic Act* of Ontario which deals with "Records and Reporting of Accidents" should be construed to mean a chance occurrence resulting in loss, injury or damages. As Osler J. points out, Widdifield, Co. Ct. J., came to that opinion in *Robertson v. McAllister*[9], as early as 1912, in considering an appeal from a similar section which commenced with the words "If an accident occurs". At p. 442, the learned County Court Judge said:

> I assume that if the motor had merely touched the buggy in passing that would not be an "accident" within the meaning of the Act, because the Act contemplates that some one has sustained "loss or injury".

[9] (1912), 19 C.C.C. 441.

Il est évident que M. le Juge Osler, lors de l'appel par voie d'exposé de cause, a considéré que telle était la situation dont il était saisi. Après s'être prononcé sur ce qu'il considérait l'argument principal de l'appelante sur la nécessité d'un «*actus reus*» il a continué en disant:

> [TRADUCTION] En dépit de l'avis intéressant du Juge Widdifield, juge de cour de comté, dans l'affaire *Robertson v. McAllister*, (1912) 19 C.C.C. 441, qui paraît conclure dans le sens contraire, je suis d'avis que sous le régime de la disposition à l'étude, il y a «accident» dès que viennent accidentellement en contact deux véhicules, un véhicule et un piéton, ou un véhicule et quelque autre objet, et je suis d'avis que même s'il n'y a pas de dommages, l'obligation de rester sur les lieux intervient immédiatement en vertu de l'article.

M. le Juge Osler était donc parfaitement d'accord avec le point de vue juridique sur lequel, je crois, le juge de paix s'est fondé pour inscrire la déclaration de culpabilité, et il a rejeté l'appel. La Cour d'appel a confirmé cette décision. Je suis d'avis bien respectueusement, que toutes les cours d'instance inférieure ont commis une erreur, parce que l'appelante était accusée d'une infraction à un article qui ne s'applique que «lors d'un accident» et que la Couronne n'a pas réussi à prouver qu'un accident eut lieu. Selon moi, et avec respect, le mot «accident», qui figure dans un article inséré dans la Partie XIII du *Highway Traffic Act* de l'Ontario, qui traite de «dossiers et de notifications d'accidents», devrait être interprété dans le sens d'événement fortuit ayant comme conséquence une perte, des blessures ou des dommages. Comme le signale M. le Juge Osler, c'est la conclusion qu'a adoptée le Juge de cour de comté Widdifield dans l'affaire *Robertson v. McAllister*[9], qui remonte à 1912, dans un appel concernant un article analogue qui commençait par les mots «Si un accident survient». A la p. 442, le savant juge de cour de comté a dit:

> [TRADUCTION] Je présume que si le moteur avait tout simplement touché le buggy en passant ce n'aurait pas été un «accident» au sens de la Loi, parce que celle-ci envisage que quelqu'un a subi «une perte ou des blessures».

[9] (1912), 19 C.C.C. 441.

Section 140(1) makes the same reference to persons sustaining loss or injury.

In *Fenton v. Thorley & Co. Ltd.*[10], Lord Lindley, at p. 453, expressed a similar view in these words:

> Speaking generally,. . ., but with reference to legal liabilities, *an accident means any unintended and unexpected occurrence which produces hurt or loss.*

(The italics are my own.)

In *Regina v. Morris*[11], the Court of Appeal (Criminal Division) considered a section which commenced with the words "if an accident occurs owing to the presence of a motor vehicle". Widgery L.C.J., at p. 178, cited Lord Lindley's definition, *supra*, and continued:

> Sachs L.J. in the course of the argument supplied an alternative, with which the other members of the Court agree, in which he suggested that "accident" in the present context means an unintended occurrence which has an adverse physical result.

Again, the element of damage is included.

I am moved by the consideration of the enormous inconvenience which would result from Osler J.'s interpretation to believe that the legislature could not mean to have so enacted. In any large city, there are each day innumerable instances of bumpers touching in parking at the curb, in parking lots and elsewhere. In these cases, the driver of the other car is not in the vehicle and probably could not be found. Surely, the section is designed to penalize an attempt to escape civil liability for damage caused, not to needlessly impede the proper movement of traffic. It may be said that the appellant could not have determined whether damage were caused unless she had remained at the scene. It may be noted in passing that the taxi driver, as recited in para. (3) of the Stated Case, first drove around the corner out of sight of the appellant and therefore it was he and not the appellant who failed to remain. Be that as it may, and perhaps the appellant was lucky, but

[10] [1903] A.C. 443.
[11] (1971), 56 Cr. App. R. 175.

L'article 140, par. (1), contient une mention semblable de personne subissant une perte ou des blessures.

Dans l'affaire *Fenton v. Thorley & Co. Ltd.*[10], Lord Lindley, à la p. 453, a exprimé des vues analogues en ces termes:

> [TRADUCTION] Généralement parlant, mais relativement à des responsabilités légales, *un accident signifie tout événement non voulu ou inattendu qui cause une blessure ou une perte.*

(J'ai mis des mots en italique.)

Dans l'affaire *Regina v. Morris*[11], la Court of Appeal (Division criminelle) a examiné un article qui commence par les mots [TRADUCTION] «si un accident survient à cause de la présence d'un véhicule automobile». Le Juge en chef Widgery, à la p. 178, a cité la définition de Lord Lindley, précitée, et a poursuivi:

> [TRADUCTION] Le juge Sachs a, au cours des plaidoiries, fourni une autre définition, que ses collègues acceptent, dans laquelle il exprime l'avis qu'un «accident» dans le présent contexte signifie un événement non voulu qui a un résultat matériel défavorable.

Là encore, l'élément de dommage est compris.

Vu l'inconvénient énorme qui résulterait de l'interprétation de M. le Juge Osler, je suis porté à croire que la législature ne pouvait avoir l'intention de légiférer dans le sens qu'il propose. Dans toute grande ville, il arrive chaque jour un nombre incalculable de fois que des pare-chocs se touchent lorsque des véhicules stationnent le long d'un trottoir, dans des terrains de stationnement et ailleurs. Dans ces cas, le conducteur de l'autre automobile n'est pas dans sa voiture et on ne pourrait probablement pas le trouver. A coup sûr, l'article vise à punir une tentative de se soustraire à la responsabilité civile pour des dommages qu'on cause, et non à entraver sans nécessité le flot normal de la circulation. On peut dire que l'appelante ne pouvait pas constater s'il y avait eu des dommages si elle ne restait pas sur les lieux. On peut faire remarquer en passant que le chauffeur de taxi, comme le dit le par. (3) de l'exposé de cause, a d'abord tourné le coin de la rue hors du champ de vision de

[10] [1903] A.C. 443.
[11] (1971), 56 Cr. App. R. 175.

since there was no proof of damage there was no accident despite the contact and the appellant committed no breach of the section.

I would allow the appeal.

*Appeal dismissed,* SPENCE *and* LASKIN JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: C. Scullion, Toronto.*

l'appelante et que c'est donc lui, et non l'appelante, qui a omis de rester sur les lieux. Quoi qu'il en soit et peut-être l'appelante a-t-elle été chanceuse—puisqu'il n'y a eu aucune preuve de dommage il n'y a pas eu d'accident, en dépit du contact entre les voitures, et l'appelante n'a pas enfreint l'article.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Appel rejeté, les* Juges SPENCE *et* LASKIN *étant dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: C. Scullion, Toronto.*

**Robert Taylor** *Appelant;*

and

**Emerick Asody** *Respondent.*

1974: May 8; 1974: October 1.

Present: Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Appeal—Variation of apportionment of negligence by Court of Appeal—The Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296 s. 5.*

*Negligence — Contributory negligence—Apportionment of fault.*

Respondent was crossing a street between intersections and when three-quarters of the way across was struck by an automobile which was backing up at 3 to 4 m.p.h. It was daylight but respondent did not hear or see the vehicle which reversed some thirty five feet to the point of impact. The motorist did not see the respondent while reversing. The trial judge concluded that both parties could have avoided the accident by showing care and applied s. 5 of *The Negligence Act*, R.S.O. 1970, c. 296 the effect of which is to apportion blame on a 50-50 basis. The Court of Appeal varied the apportionment.

*Held* (Spence and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be allowed with costs.

*Per* Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: The only question to be determined is the apportionment of liability. The Plaintiff had the obligation when crossing a downtown street between intersections to keep his eyes on all traffic and failed to see what was plainly visible. To apportion the liability between the parties in unequal degrees was not practicable and the trial judge correctly applied s. 5 of *The Negligence Act.*

*Per* Beetz J.: The finding by the trial judge that it was not practicable to apportion liability between the parties in unequal degrees is a finding of fact which ought not to be interfered with on appeal except in a case of demonstrable error.

Spence J. *dissenting*: The case of *Kolodychuk v. Squire*, [1973] S.C.R. 303, should be distinguised particularly with reference to the dissenting judgment therein. In the present appeal the trial judge did not

**Robert Taylor** *Appelant*;

et

**Emerick Asody** *Intimé.*

1974: le 8 mai; 1974: le 1er octobre.

Présents: Les Juges Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Appel—Modification de la répartition de la négligence par la Cour d'appel—The Negligence Act*, R.S.O. 1970, c. 296, art. 5.

*Négligence — Négligence contributive—Répartition de la responsabilité.*

L'intimé avait traversé les trois quarts de la rue, entre des intersections, lorsqu'il a été heurté par une voiture qui reculait à une vitesse de 3 à 4 milles à l'heure. C'était le jour mais l'intimé n'a ni entendu ni vu la voiture qui s'était mise en marche arrière à quelque trente-cinq pieds du point de l'impact. L'automobiliste n'a pas vu l'intimé en reculant. Le juge de première instance en est arrivé à la conclusion que les deux parties auraient pu éviter l'accident en faisant preuve d'une plus grande prudence et il a appliqué l'art. 5 du *Negligence Act*, R.S.O. 1970, c. 296 dont la conséquence est de répartir également la responsabilité. La Cour d'appel a modifié la répartition.

*Arrêt* (les Juges Spence et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

*Les* Juges Pigeon, Beetz et de Grandpré: La seule question à décider est le partage de la responsabilité. Le demandeur avait l'obligation en traversant une rue du centre-ville de surveiller la circulation de tous les côtés et il n'a pas vu ce qui était parfaitement visible. Étant pratiquement impossible de répartir inégalement la part de responsabilité de chacune des parties, le juge de première instance a, à juste titre, appliqué l'art. 5 du *Negligence Act.*

*Le* Juge Beetz: La conclusion d'un juge de première instance selon lacquelle il n'était pas pratiquement possible de répartir inégalement la part de responsabilité de chacune des parties est une conclusion tirée des faits qui ne doit pas être modifiée en appel sauf en cas d'erreur démontrable.

*Le* Juge Spence, *dissident*: Il faut faire une distinction avec l'arrêt *Kalodychuk c. Squire*, [1973] R.C.S. 303, en particulier avec la dissidence qu'il contient. Dans la présente affaire, le juge de première instance

arrive at a conclusion as to apportionment of damages. The Court of Appeal was not therefore reversing the apportionment of the trial judge but was making such apportionment for the first time.

*Per* Spence and Dickson JJ. *dissenting*: The trial judge having admitted an inability to arrive at any fixed conclusion and having applied s. 5 of *The Negligence Act* (which is not intended to relieve a trial judge of the difficult duty of apportioning fault and negligence but rather for cases in which due to lack of evidence it is impossible to determine respective degrees of fault), the Court of Appeal is free to excercise its independent judgment. The fault attributed to the driver of the vehicle by the Court of Appeal was within an acceptable range.

[*Lalonde v. Kahkonen*, [1972] 1 O.R. 91; *Kolodychuk v. Squire*, [1973] S.C.R. 303 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario varying a judgment of Richardson J. at trial. Appeal allowed with costs, Spence and Dickson JJ. dissenting.

*B. O'Brien, Q.C.*, for the appellant.

*D. W. Goudie, Q.C.*, for the respondent.

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of considering both the reasons for judgment which are being delivered by both my brother Dickson and my brother de Grandpré. After carefully considering them, I have come to the conclusion that I must concur with the opinion expressed by the former. However, in view of my brother de Grandpré's reference to my dissenting judgment in *Kolodychuk v. Squire*[1], I feel I must delineate why I distinguish the opinion I expressed in that case from the present appeal.

In *Kolodychuk v. Squire*, the learned trial judge had assessed the negligence at 40 per cent against the deceased plaintiff and 60 per cent against the defendant. The majority of the Court of Appeal had altered that apportionment and assessed 75 per cent of the negligence against the deceased plaintiff and 25 per cent against

[1] [1973] S.C.R. 303.

n'a pas tiré de conclusion sur la répartition des dommages-intérêts. Par conséquent, la Cour d'appel n'a pas infirmé la répartition faite par le juge de première instance; elle a plutôt procédé à une première répartition.

*Les* Juges Spence et Dickson, *dissidents*: Avouant être incapable d'en arriver à une conclusion précise, le juge de première instance a appliqué l'art. 5 du *Negligence Act* (qui n'a pas pour but de relever le juge de première instance du devoir difficile de répartir la faute et la négligence mais vise plutôt la situation où en raison d'absence de preuve, il est impossible de déterminer les parts respectives de négligence), et la Cour d'appel est libre d'exercer son jugement en toute indépendance. La responsabilité attribuée au conducteur du véhicule par la Cour d'appel se situait dans les limites acceptables.

[Arrêts mentionnés: *Lalonde v. Kahkonen*, [1972] 1 O.R. 91; *Kalodychuk c. Squire*, [1973] R.C.S. 303.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario modifiant un jugement rendu en première instance par le Juge Richardson. Pourvoi accueilli avec dépens, les Juges Spence et Dickson étant dissidents.

*B. O'Brien, c.r.*, pour l'appelant.

*D. W. Goudie, c.r.*, pour l'intimé.

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai eu l'occasion d'examiner les motifs de jugement sur le point d'être déposés par mes collègues Dickson et de Grandpré. Après avoir étudié attentivement ces motifs, j'en suis venu à la conclusion que je dois souscrire à l'avis exprimé par le premier. Cependant, étant donné que mon collègue de Grandpré renvoie à mes motifs dissidents de l'affaire *Kolodychuk c. Squire*[1], il m'apparaît nécessaire d'exprimer pourquoi je fais en l'espèce présente une distinction avec l'opinion que j'exprimais dans cette affaire-là.

Dans *Kolodychuk c. Squire*, le savant juge de première instance avait imputé 40 pour cent de la faute au demandeur défunt et 60 pour cent au défendeur. La majorité de la Cour d'appel avait modifié cette répartition et imputé 75 pour cent de la faute au demandeur défunt et 25 pour cent au défendeur. Le Juge d'appel Branca, de ladite

[1] [1973] R.C.S. 303.

the defendant. Branca J.A. in the Court of Appeal for British Columbia would have assessed the negligence of the deceased plaintiff at 60 per cent and that of the defendant at 40 per cent. The majority of this Court accepted the view of Branca J.A. and therefore again varied the apportionment. It appeared, under those circumstances, that the authorities which I cite in my dissenting judgment and which are again recited by my brother de Grandpré in the present appeal were strongly against such variation of the apportionment of damages by the appellate courts. At p. 310, I said:

In the present case, the learned trial judge noted all the factors in evidence which he believed bore on the question of the negligence of the late Roger Kolodychuk and the respondent Squire. The Court of Appeal did not alter any finding of fact and did not disagree with his judgment on any matter of law but was simply of the opinion that he had erred in assessing too large a share of the liability against the respondent Squire. In other words, in my view, the Court of Appeal took a course exactly contra to that recommended in the many authorities which I have cited. I do not think the Court of Appeal was entitled to do so and I feel that we are not entitled to either approve the course adopted by that Court or to vary it in order to reflect our own view as to the proper apportionment of the liability.

In the present case, the learned trial judge, after an analysis of the evidence and reference to certain authorities, said:

As I have said earlier, I have not had too much trouble in arriving at decisions in motor vehicle cases. In this particular instance I have given a great deal of thought to the question of the division of liability or contributory negligence on the part of the plaintiff. I have been unable to arrive at any fixed conclusion and accordingly I apply Section 5 of The Negligence Act in that I find it is not practicable to determine the respective degrees of fault as between the parties and, accordingly, find the parties equally at fault. In the result there will be judgment for the plaintiff for half the sum of the damages, which were agreed on at the sum of $65,000.00, namely $32,500.00, and his costs of the action.

Cour, aurait voulu imputer 60 pour cent de la faute au demandeur défunt et 40 pour cent au défendeur. La majorité de cette Cour fut d'accord avec le Juge d'appel Branca et par conséquent elle a remodifié le partage de la responsabilité. Dans ces circonstances-là, les précédents que je cite dans mes motifs dissidents et qui sont cités de nouveau par mon collègue le Juge de Grandpré dans le présent pourvoi semblaient fortement contraires à une telle modification de la répartition des dommages par les cours d'appel. A la p. 310 je disais:

Dans la présente espèce, le savant juge de première instance a noté tous les facteurs ressortant de la preuve qui, d'après lui, influaient sur la question de la négligence imputable à feu Roger Kolodychuk et à l'intimé Squire. La Cour d'appel n'a pas modifié de conclusion tirée sur les faits et n'a différé d'opinion sur aucune question de droit; elle a simplement conclu que le juge de première instance avait fait erreur en imputant une trop large part de responsabilité à l'intimé Squire. En d'autres mots, à mon avis, la Cour d'appel est allée directement à l'encontre des nombreux précédents que j'ai cités. Je ne crois pas que la Cour d'appel avait le pouvoir d'agir ainsi et je suis d'avis que nous ne pouvons ni approuver la décision de la Cour d'appel, ni la modifier de façon à faire prévaloir notre propre opinion quant au partage de la responsabilité.

En l'espèce présente, le savant juge de première instance, après avoir fait l'analyse de la preuve et renvoyé à certains précédents, a dit:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit auparavant, je n'ai pas eu trop de mal à en arriver à des décisions dans les causes d'accident d'automobile. Dans le présent cas, je me suis longuement penché sur la question du partage de responsabilité ou de la négligence contributive de la part du demandeur. J'ai été incapable d'en arriver à une conclusion précise et j'applique par conséquent l'article 5 de *The Negligence Act*, c'est-à-dire que ne trouvant pas pratiquement possible de déterminer la part respective de responsabilité de chacune des parties, je conclus, par conséquent, que les parties sont également responsables. Donc, jugement sera rendu en faveur du demandeur pour la moitié des dommages, que l'on avait convenu être de $65,000, soit pour $32,500, et pour les dépens de son action.

He, therefore, did not arrive at a conclusion as to the apportionment of damages and simply used the technical provisions of s. 5 of *The Negligence Act*. That section provides:

5. If it is not practicable to determine the respective degree of fault or negligence as between any parties to an action, such parties shall be deemed to be equally at fault or negligent.

The learned trial judge therefore found it was not practicable to determine the respective degrees of fault.

The Court of Appeal for Ontario, by its unanimous judgment, found it was practicable to determine the respective degrees of fault and I am of the opinion it was correct in so finding and in so doing did not have to leave the findings made by the learned trial judge.

I am, therefore, of the opinion that this was a case in which the Court of Appeal was not reversing an apportionment made by the learned trial judge but was rather, for the first time, making such apportionment, the learned trial judge finding that it was not practicable to do so.

For these reasons, I would dispose of the appeal and cross-appeal as does my brother Dickson.

The judgment of Pigeon and de Grandpré JJ in which Beetz J. concurred was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—I have no hesitation to accept the concurrent findings of the Courts below that the plaintiff respondent was negligent. The defendant appellant having already admitted the fact that he was partly at fault for the accident, the only question to be determined is the apportionment of the liability.

The trial judge applied s. 5 of *The Negligence Act* and found the parties equally at fault. The Court of Appeal, on an appeal by plaintiff,

Il n'a pas, par conséquent, tiré de conclusion sur la répartition des dommages, il a simplement eu recours à la procédure prévue à l'art. 5 de *The Negligence Act*. Cet article prévoit:

[TRADUCTION] 5. S'il n'est pas pratiquement possible de déterminer la part respective de faute ou de négligence de chacune des parties à une action, lesdites parties seront considérées également responsables ou négligentes.

Le savant juge de première instance a donc statué qu'il n'était pas possible de déterminer la part respective de responsabilité de chacune des parties.

La Cour d'appel de l'Ontario, dans un jugement unanime, a statué qu'il était possible de déterminer la part respective de responsabilité de chacune des parties et je suis d'avis qu'elle a eu raison de statuer ainsi et que, ce faisant, elle n'avait pas à laisser intactes les conclusions tirées par le savant juge de première instance.

Je suis d'avis, par conséquent, que la Cour d'appel n'a pas infirmé une répartition faite par le savant juge de première instance, mais plutôt, qu'elle a procédé à une répartition originelle alors que le savant juge de première instance avait conclu qu'il n'était pas pratiquement possible de le faire.

Pour ces motifs, je déciderais le pourvoi et le pourvoi incident comme le fait mon collègue le Juge Dickson.

Le jugement des Juges Pigeon et de Grandpré, auquel souscrit le Juge Beetz, a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—J'accepte sans hésitation les conclusions concordantes des tribunaux d'instance inférieure selon lesquelles le demandeur intimé a été négligent. Le défendeur appelant ayant déjà reconnu qu'il était partiellement responsable de l'accident, la seule question à décider est celle du partage de la responsabilité.

Le juge de première instance a appliqué l'art. 5 de *The Negligence Act* et a décidé que les parties étaient également responsables. La Cour

modified this apportionment and found the motorist 90 per cent to blame.

With all due respect, I cannot accept the conclusion reached by the Court of Appeal and I would restore the judgment at trial.

The facts are simple. The respondent, a pedestrian, in plain daylight, was crossing from west to east a 30 foot wide street in downtown Toronto between intersections. He was three-quarters across when he was struck by an automobile which was then backing up from north to south, at three to four miles per hour, and which he had neither heard nor seen since it was put in reverse gear some thirty-five feet north of the point of impact. On his part, the motorist did not see the pedestrian when thus moving backwards.

Only the parties to the proceedings were heard as witnesses. The trial judge had, of course, the advantage of seeing their demeanor in the box and he emphasizes in his judgment that he had been "impressed with the manner in which the defendant gave his evidence" whereas he had this to say about the plaintiff:

> The evidence of the plaintiff has caused me to review the evidence time and time again as to its accuracy. The plaintiff said when he was about 45 yards up the street he noticed a fellow employee walking up the east side of John Street. In one instance he said he knew the man and at another point said he only knew him through the fact of working with him at the same plant but not by name. This may not in itself be an important contradiction but it is one of those small things that sometimes help, along with others, to arrive at a proper conclusion.

After "having read and re-read the evidence", the trial judge concluded that he could not accept the testimony of the plaintiff that he was practically in the middle of the street when the appellant's motor car passed him, proceeding north. On the contrary, the trial judge found that plaintiff was still at the west curb at that time and this finding was accepted by the Court of Appeal in the following words:

d'appel, à la suite d'un appel du demandeur, a modifié cette répartition et imputé 90 pour cent de la faute à l'automobiliste.

Avec tout le respect que je dois, je ne puis accepter la décision de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de première instance.

Les faits sont simples. L'intimé, un piéton, traversait en plein jour de l'ouest à l'est, entre des intersections, une rue de 30 pieds de largeur, en plein cœur de Toronto. Il avait traversé les trois quarts de la rue lorsqu'il a été heurté par une voiture qui reculait alors du nord au sud, à trois ou quatre milles à l'heure, voiture qu'il n'a ni entendue ni vue puisqu'elle avait été mise en marche arrière à quelque trente-cinq pieds au nord du point de l'impact. De son côté, l'automobiliste n'a pas vu le piéton en reculant ainsi.

Seuls le demandeur et le défendeur ont été entendus comme témoins. Le juge de première instance a évidemment eu l'avantage de voir leur comportement à la barre et il a souligné dans son jugement qu'il avait été [traduction] «impressionné par la façon de témoigner du défendeur» alors qu'à l'égard du demandeur, il avait à dire ceci:

> [TRADUCTION] Le témoignage du demandeur m'a obligé à revoir la preuve à plusieurs reprises pour juger de son exactitude. Le demandeur a dit qu'il avait fait environ 45 pieds sur la rue lorsqu'il remarqua un compagnon de travail marchant sur le côté est de la rue John. A un moment, il dit qu'il connaissait l'individu et à un autre il dit qu'il le connaissait seulement comme un compagnon de travail mais qu'il ne savait pas son nom. Ceci en soit n'est pas une contradiction importante, mais c'est l'une de ces petites choses qui, parfois, additionnée avec d'autres, aident à en arriver à une juste conclusion.

Après «avoir lu et relu la preuve», le juge de première instance a décicé qu'il ne pouvait pas accepter le témoignage du demandeur à savoir qu'il était pratiquement au milieu de la rue lorsque l'automobile de l'appelant l'a dépassé en se dirigeant vers le nord. Le juge de première instance a conclu, au contraire, que le demandeur était encore à la bordure ouest de la chaussée à ce moment-là et cette conclusion a été retenue par la Cour d'appel en ces termes:

In those circumstances when the plaintiff moved from the west curb, as found by the trial judge, the motor vehicle was stopped and we think that it was not completely unreasonable for the plaintiff to keep his eye on that vehicle anticipating some unknown manœuvre from it.

In my view, the plaintiff had the obligation to keep his eyes on all traffic when crossing a downtown street between intersections. I share the opinion expressed by Schroeder J. in the Court of Appeal of Ontario in *Lalonde v. Kahkonen*[2], at p. 92:

Pedestrians in making a crossing at a regular street crossing, while they must exercise care, have higher rights than if they attempted to cross elsewhere. Equally, motorists are under a greater obligation to maintain a sharp look-out at such points, knowing it is the place where pedestrians cross from curb to curb. The pedestrian has an undoubted right to cross a highway not at a regular crossing for foot pedestrians, but in such a case a duty is cast upon him to take special care and to use greater vigilance—and for a very good reason—because drivers are given the knowledge that there are safety zones for the use of pedestrians and which they are ordinarily expected to use.

Here the pedestrian, notwithstanding the duty cast upon him, failed to see what was plainly visible. This failure is still more difficult to explain in the light of the evidence that he was crossing at a slight angle towards the north east.

On the whole, it is my view that the trial judge was right. Obviously, he came to the conclusion that both parties could have avoided the accident by showing greater prudence and I agree with his reading of the evidence. To apportion the liability between the parties in unequal degrees was not practicable and the trial judge correctly applied the rule of s. 5 of *The Negligence Act*.

[2] [1972] 1 O.R. 91.

[TRADUCTION] Dans ces circonstances lorsque le demandeur a quitté la bordure ouest de la chaussée, comme l'a conclu le juge de première instance, la voiture était arrêtée et nous pensons que ce n'était pas chose complètement déraisonnable pour le demandeur que de surveiller cette voiture en prévision de quelque manœuvre soudaine de celle-ci.

Selon moi, le demandeur avait l'obligation de surveiller la circulation de tous les côtés en traversant une rue du centre-ville entre des intersections. Je partage l'opinion exprimée en Cour d'appel de l'Ontario par M. le Juge Schroeder dans l'arrêt *Lalonde v. Kahkonen*[2], à la p. 92:

[TRADUCTION] Les piétons qui traversent la rue aux endroits prévus pour le faire, bien qu'ils doivent le faire attentivement, ont des droits plus grands que s'ils tentent de traverser ailleurs. Les automobilistes ont également une plus grande obligation de surveiller étroitement ces endroits-là, sachant que c'est là que les piétons traversent la rue d'un côté à l'autre. Le piéton a sans doute le droit de traverser un chemin public ailleurs qu'à un passage régulier pour piétons, mais dans ce cas il lui incombe d'apporter une attention particulière et d'exercer une plus grande vigilance—et ceci pour une très bonne raison—parce que les conducteurs de véhicules savent qu'il existe des zones de sécurité à l'usage des piétons et qu'on s'attend ordinairement à ce que ceux-ci les utilisent.

En l'espèce le piéton, malgré qu'il devait prêter une attention particulière, n'a pas vu ce qui était parfaitement visible. Cette omission est encore plus difficile à expliquer à la lumière de la preuve qu'il traversait la rue en suivant un angle légèrement incliné vers le nord-est.

Sur le tout, je suis d'avis que le juge de première instance a eu raison. Évidemment, il en est arrivé à la conclusion que les deux parties auraient pu éviter l'accident en faisant preuve d'une plus grande prudence et je souscris à son interprétation de la preuve. Il était pratiquement impossible de répartir la responsabilité entre les parties en attribuant une part plus importante de la faute à l'une qu'à l'autre et le juge de première instance a, à juste titre, appliqué la règle de l'art. 5 de *The Negligence Act*.

[2] [1972] 1 O.R. 91.

I do not see that the trial judge misconstrued the facts or misdirected himself as to the law. The Court of Appeal should not have modified the apportionment of liability.

In addition to the authorities referred to by my brother Dickson, with whom I find myself unable to agree, I wish to refer to *Kolodychuk v. Squire*[3].

I would therefore allow the appeal and restore the judgment at trial with costs throughout.

DICKSON J. (*dissenting*)—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of Ontario which varied the apportionment of liability in a motor vehicle case. The trial judge, Richardson J., concluded his judgment in these words:

As I have said earlier, I have not had too much trouble in arriving at decisions in motor vehicle cases. In this particular instance I have given a great deal of thought to the question of the division of liability or contributory negligence on the part of the plaintiff. I have been unable to arrive at any fixed conclusion and accordingly I apply Section 5 of The Negligence Act in that I find it is not practicable to determine the respective degrees of fault as between the parties and, accordingly, find the parties equally at fault. In the result there will be judgment for the plaintiff for half the sum of the damages, which were agreed on at the sum of $65,000.00, namely $32,500.00, and his costs of the action.

The Court of Appeal allowed an appeal brought on behalf of the plaintiff pedestrian. Jessup J. A. for the Court said:

In the result, we agree with the learned trial Judge that there was some negligence on the part of the plaintiff. However, unlike him we do find it practicable to apportion the negligence between the plaintiff and the defendant; and having regard to the

[3] [1973] S.C.R. 303.

Je ne vois pas que le juge de première instance ait mal interprété les faits ou qu'il se soit donné une directive erronée quant au droit. La Cour d'appel n'aurait pas dû modifier le partage de responsabilité.

En plus des autorités mentionnées par mon collègue le Juge Dickson, avec lequel je ne puis être d'accord, je désire mentionner l'arrêt *Kolodychuk c. Squire*[3].

J'accueillerais par conséquent le pourvoi et rétablirais le jugement de première instance avec dépens en toutes les cours.

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a modifié la répartition de la responsabilité dans une cause d'accident d'automobile. Le juge de première instance, le Juge Richardson, a conclu son jugement en ces termes:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit auparavant, je n'ai pas eu trop de mal à en arriver à des décisions dans les causes d'accident d'automobile. Dans le cas présent je me suis longuement penché sur la question du partage de responsabilité ou de la négligence contributive de la part du demandeur. J'ai été incapable d'en arriver à une conclusion précise et j'applique par conséquent l'article 5 de *The Negligence Act*, c'est-à-dire que ne trouvant pas pratiquement possible de déterminer la part respective de responsabilité de chacune des parties, je conclus, par conséquent, que les parties sont également responsables. Donc, jugement sera rendu en faveur du demandeur pour la moitié des dommages, que l'on avait convenu être de $65,000, soit pour $32,500, et pour les dépens de son action.

La Cour d'appel a accueilli un appel interjeté par le piéton demandeur. M. le Juge Jessup de la Cour d'appel a déclaré au nom de la Cour:

[TRADUCTION] En définitive, nous sommes d'accord avec le savant juge de première instance qu'il y a eu quelque négligence de la part du demandeur. Cependant, contrairement à lui, nous estimons pratiquement possible de faire le partage de la responsabi-

[3] [1973] R.C.S. 303.

respective duties and responsibilities of the parties, we are of the opinion that an appropriate apportionment of liability would be to find negligence of 90% against the operator of the motor vehicle, the defendant, and 10% against the plaintiff.

The accident giving rise to the action occurred on December 23, 1969, at about 4:05 p.m., on John Street between Richmond and Queen Streets in the City of Toronto. John Street runs north and south. In the area in question the street was about thirty to thirty-two feet in width. Parking was not permitted. The plaintiff, a man about 40 years of age, employed at the Turnbull Elevator Company on the west side of John Street south of Richmond, left his place of employment with the intention of Christmas shopping at Simpson's store on Queen Street, east of John. He walked north on John Street to Richmond, crossed with the traffic lights there, and continued north on the west side of John Street a distance of forty to forty-five yards. He then decided to cross John Street from west to east to join a fellow employee whom he observed on the opposite side of the street.

Meanwhile the defendant, driving westerly on Richmond Street in a 1968 Jaguar XKE coupe, detected that his car was overheating. Looking for a place to stop he made a right turn on to John Street and was slowly proceeding north when he noticed an alley on the west side of John Street into which he decided to turn, but by this time he had overshot the alley by twenty feet or so. He therefore came to a stop, shifted gears, backed up about twenty-five or thirty feet at a speed of three to four miles per hour. He looked back over his left shoulder as he reversed the car but failed to see the plaintiff and struck him. The plaintiff's evidence was that he had walked to within two feet of the centre line of John Street where he paused to let a northbound car, which he thought to be that of the defendant, go by. He then continued his passage, angling slightly to the north, and was very near the east curb when he was struck. He

lité entre le demandeur et le défendeur; et ayant considéré les devoirs et responsabilités qui incombent respectivement aux parties, nous sommes d'avis que serait équitable une répartition de la responsabilité qui imputerait 90% de la faute au conducteur de l'automobile, le défendeur, et 10% de la faute au demandeur.

L'accident qui a donné naissance à l'action s'est produit le 23 décembre 1969, vers 4 h 05 de l'après-midi, sur la rue John entre les rues Richmond et Queen, à Toronto. La rue John est orientée du nord au sud. A l'endroit dont il s'agit, la rue était approximativement de 30 à 32 pieds de large et il était défendu de stationner. Le demandeur, un homme d'environ 40 ans employé par Turnbull Elevator Company, côté ouest de John au sud de Richmond, est parti de son lieu de travail avec l'intention de faire des emplettes de Noël au magasin Simpson sur la rue Queen, est de John. Il a marché en direction nord sur la rue John jusqu'à la rue Richmond, a traversé aux feux de circulation à cet endroit et a continué en direction nord, sur le côté ouest de la rue John, sur une distance de quarante à quarante-cinq verges. Il décida alors de traverser la rue John, de l'ouest à l'est, pour rejoindre un compagnon de travail qu'il avait aperçu sur le côté opposé de la rue.

Pendant ce temps, le défendeur, qui conduisait son véhicule, une Jaguar XKE de modèle coupé 1968, a constaté que son moteur chauffait. Cherchant un endroit pour s'arrêter, il tourna à droite sur la rue John et se dirigeait lentement vers le nord lorsqu'il aperçut sur le côté ouest de la rue John une ruelle où il décida de tourner, mais il avait déjà à ce moment dépassé l'entrée de la ruelle d'environ vingt pieds. Il arrêta donc sa voiture, changea d'engrenage et recula sur une distance de vingt-cinq à trente peids à une vitesse de trois à quatre milles à l'heure. Il a regardé à l'arrière par-dessus son épaule gauche lorsqu'il a reculé, mais il n'a pas vu le demandeur et il l'a heurté. Le demandeur a témoigné qu'il était à moins de deux pieds de la ligne médiane de la rue John lorsqu'il s'est arrêté pour laisser passer une voiture, qu'il croit être celle du défendeur, se dirigeant vers le nord. Il a alors continué à traverser

failed to see or to hear the car until the moment of impact. The trial judge did not accept the plaintiff's evidence that he had moved to within two feet of the centre line of John Street before the defendant's car passed. The judge said:

> From my examination of the evidence and some years of experience with motor vehicle cases, it is inconceivable to me that the plaintiff could stand 2 feet from a line, see a car coming to a gradual stop at a no parking location and yet he would not watch what that car was going to do. It is my opinion that he was not standing there at all. I have come to that conclusion from my review of the evidence.
>
> I feel that what did happen was that the plaintiff saw this car coming to a stop. He thought it was coming to a stop to park, and he went in a fast walk across the road, and the reason he was not seen by the defendant as he was backing up was because he was in that blind spot that we know exists at the left rear corner of any vehcile. That no doubt is the reason for the admission of the failure to satisfy the statutory onus by the defendant. I am unable to arrive at any other conclusion but that this plaintiff did not exercise that degree of care which the law requires.

So far as the record discloses, neither the plaintiff, crossing the street at a place other than an intersection, nor the defendant, backing up his car on a city street, was in contravention of any law in so doing. The defendant driver, however, had the statutory onus to discharge and he owed the plaintiff a duty of care. He admitted in his statement of defence there was negligence on his part which contributed to the plaintiff's loss but he alleged the plaintiff also was guilty of negligence which caused or contributed to the plaintiff's loss. As for the plaintiff, he had a duty at common law to look out for his own safety. Both of the courts which have considered the case have considered the plaintiff was negligent and I would not disturb the concurrent findings.

la rue, suivant un angle légèrement incliné vers le nord, et il était très près de la bordure de la chaussée lorsqu'il a été heurté. Il n'a ni vu ni entendu la voiture avant le moment de l'impact. Le juge de première instance n'a pas cru la version du demandeur à savoir qu'il était rendu à moins de deux pieds de la ligne médiane de la rue John lorsque la voiture du défendeur est passée. Le juge a dit ceci:

> [TRADUCTION] En me fondant sur l'étude de la preuve et mes quelques années d'expérience dans les affaires d'accident d'automobile, je ne puis concevoir que le demandeur pouvait s'arrêter à deux pieds d'une ligne, voir une voiture arriver et s'arrêter graduellement à un endroit où le stationnement était interdit, et pourtant ne pas porter attendion à ce que cette voiture se préparait à faire. A mon avis, il n'était pas à cet endroit du tout. J'en suis arrivé à cette conclusion en réexaminant la preuve.
>
> Je crois que ce qui est arrivé est ceci. Le demandeur a vu cet automobile stopper. Il a cru qu'elle s'arrêtait pour stationner et il a lors commencé à traverser la rue d'un pas rapide. Il n'a pas été aperçu par le défendeur qui reculait, car il se trouvait alors dans l'angle de visibilité bloquée—que tous connaissent—du coin arrière gauche du véchicle. C'est sans doute pourquoi le défendeur a reconnu être incapable de s'acquitter du fardeau légal de preuve. Je ne puis tirer d'autre conclusion que celle que le demandeur n'a pas agi avec le degré de prudence requis par la loi.

Autant que le dossier permet de voir, ni le demandeur, qui a traversé la rue à un endroit autre qu'à une intersection, ni le défendeur, qui a reculé sa voiture dans une rue de grande ville, n'ont contrevenu par là à quelque loi. Le défendeur, conducteur du véhicule, devait cependant s'acquitter du fardeau légal, et il devait au demandeur, un devoir de prudence. Il a reconnu dans sa défense qu'il avait été négligent et qu'il avait ainsi contribué aux dommages du demandeur, mais il a allégué que le demandeur avait également fait preuve d'une négligence qui avait causé les dommages dont ce dernier se plaignait, ou qui y avait contribué. Pour ce qui est du demandeur, il avait en *common law* une obligation de voir à sa propre sécurité. Les deux tribunaux qui ont étudié l'affaire ont trouvé que le demandeur avait été négligent et je ne modifierais pas ces conclusions concordantes.

The issue is one of apportionment. The questions which arise are whether the Court of Appeal had the right to vary the finding of the trial judge that the parties were equally at fault, and, if so, whether the apportionment of liability by the Court of Appeal of 90 per cent against the operator of the motor vehicle and 10 per cent against the pedestrian was appropriate in all the circumstances?

Apportionment of fault is primarily and properly a matter within the discretion of the trial judge who has, as has so often been pointed out, the great advantage of seeing and hearing the witnesses, of observing demeanour, noting nuances of expression, detecting dissimulation. These are aids to judgment which cannot be reflected in the written record of a case and are, therefore, aids denied to an appellate court. We find, therefore, a consistent line of authority, exemplified by such English cases as *The Karamea*[4]; *The Umtali*[5]; *British Fame v. MacGregor*[6]; *Brown v. Thompson*[7] and by cases in this Court such as *S.S. Benmaple v. Forseth*[8] and *Sparks and Fairfax v. Thompson*[9] which establish the principle that except in a strong and exceptional case, an appellate court will not feel free to substitute its apportionment of fault for that made by the trial judge unless there has been palpable and demonstrable error in appreciation of the legal principles to be applied or misapprehension of the facts by the trial judge.

Is this a case in which the Court of Appeal was under such an inhibiting influence? I do not believe so, for the judge at trial did not explicitly apportion the respective degrees of fault. He admitted an inability to arrive at any fixed conclusion and applied s. 5 of the *Negligence Act*.

[4] [1921] L.J.P. 81.
[5] (1939), 160 T.L.R. 114.
[6] [1943] 1 All E.R. 33.
[7] [1968] 2 All E.R. 708.
[8] [1960] S.C.R. 210.
[9] [1975] 1 S.C.R. 618.

Le litige porte sur le partage de responsabilité. Les questions qui sont soulevées sont de savoir si la Cour d'appel avait le droit de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle les parties étaient également responsables, et, dans l'affirmative, si le partage de responsabilité fait par la Cour d'appel, imputant 90 pour cent de la faute au conducteur de l'automobile et 10 pour cent au piéton, était approprié considérant toutes les circonstances?

La répartition de responsabilité est d'abord et normalement une question relevant du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance qui a, comme on l'a si souvent fait remarquer, l'immense avantage de voir et d'entendre les témoins, d'observer leur comportement, de noter les nuances dans leur façon de s'exprimer, de percevoir ce qu'ils tentent de dissimuler. Ce sont là des aides que le dossier ne peut refléter et qui, par conséquent, sont déniées à une cour d'appel. C'est pourquoi nous trouvons une suite constante de précédents, illustrée par des arrêts anglais comme *The Karamea*[4]; *The Umtali*[5]; *British Fame v. MacGregor*[6]; *Brown v. Thompson*[7], et par des arrêts de cette Cour comme *S.S. Benmaple c. Forseth*[8] et *Sparks et Fairfax c. Thompson*[9] qui établissent le principe que, sauf circonstances extrêmement convaincantes et exceptionnelles, une cour d'appel n'est pas libre de substituer sa répartition de responsabilité à celle faite par le juge de première instance à moins qu'il n'y ait eu, de la part du juge de première instance, erreur manifeste et démontrable dans l'appréciation des principes de droit applicables, ou appréciation erronée des faits.

En l'espèce, est-ce que la Cour d'appel était assujettie à de telles restrictions? Je ne le crois pas, du fait que le juge de première instance n'a pas explicitement réparti la part respective de responsabilité de chacune des parties. Il a avoué être incapable d'en arriver à une conclusion

[4] [1921] L.J.P. 81.
[5] (1939), 160 T.L.R. 114.
[6] [1943] 1 All E.R. 33.
[7] [1968] 2 All E.R. 708.
[8] [1960] R.C.S. 210.
[9] [1975] 1 R.C.S. 618.

The section in my view is not intended to relieve the trial judge of the difficult, often agonizing, duty of apportioning fault and negligence. The section is intended, I think, for those cases in which, due to an absence of witnesses or dearth of reliable evidence, it is impossible to reconstruct with any degree of assurance what occurred and therefore a determination of respective degrees of fault is not, as a purely practical matter, either feasible or indeed capable of attainment. That is not this case. The Court of Appeal in the instant case was free to perform the function of apportionment, not performed by the trial judge, without any of the usual constraints and enabled to exercise an independent judgment. When we consider then the degrees of fault which the Court in fact apportioned respectively to the driver of the vehicle and to the pedestrian, in my opinion the fault attributed to the driver of the vehicle was within, though at the upper limit of, an acceptable range. Backing up on a city street is a dangerous manoeuvre because of the poor backward visibility of the driver of the vehicle and because, although not uncommon, it is difficult for others to foresee that such a manoeuvre will be made. The potential danger to persons and property demands a high degree of care on the part of the motorist. The plaintiff, preoccupied, did not take reasonable care for his own safety but he had no reason to believe that the defendant's vehicle would stop and almost immediately commence to back up.

I would dismiss the appeal and the cross-appeal with costs.

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the opinions of Mr. Justice Dickson and of Mr. Justice de Grandpré.

I agree with Mr. Justice de Grandpré.

I wish to add that, in my view, the finding by a trial judge that it was not practicable to apportion liability between the parties in unequal

précise et il a appliqué l'art. 5 de *Negligence Act*. L'article, à mon avis, n'a pas pour but de relever le juge de première instance du devoir difficile, et souvent angoissant, qu'il a de répartir la faute et la négligence. Je crois que cet article vise les situations où, en raison d'une absence de témoins ou d'une insuffisance de preuves dignes de foi, il est impossible de reconstituer les faits avec quelque peu de certitude, et où par conséquent la détermination des parts respectives de négligence n'est pas, sur le plan purement pratique, faisable ou vraiment susceptible d'être réalisée. Cette situation n'existe pas dans le cas présent. La Cour d'appel en l'espèce était libre d'exécuter sans les contraintes habituelles la fonction du partage, que n'avait pas exécutée le juge de première instance, et elle était autorisée à exercer son jugement en toute indépendance. Lorsque nous considérons, alors, les parts de responsabilité que la Cour a effectivement imputées au conducteur du véhicule et au piéton respectivement, la part de responsabilité attribuée au conducteur me paraît se situer dans des limites acceptables, bien qu'élevées. Reculer dans une rue de grande ville est une manœuvre dangereuse du fait que la visibilité à l'arrière du conducteur du véhicule est pauvre et que cette manœuvre, sans être exceptionnelle, est difficilement prévisible. La possibilité de danger pour les personnes et les biens exige un haut degré de prudence de l'automobiliste. Le demandeur, distrait, n'a pas assuré sa propre sécurité avec une diligence raisonnable, mais il n'avait aucune raison de croire que le véhicule du défendeur s'arrêterait et que presque immédiatement il commencerait à reculer.

Je rejetterais le pourvoi et le pourvoi incident avec dépens.

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de M. le Juge Dickson et de M. le Juge de Grandpré.

Je suis d'accord avec M. le Juge de Grandpré.

Je désire ajouter que, selon moi, la conclusion d'un juge de première instance selon laquelle il n'est pas pratiquement possible de répartir iné-

degrees (s. 5 of *The Negligence Act*) is a finding of fact which ought not to be interfered with in appeal except in a case of demonstrable error.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Thomson, Rogers, Toronto.*

galement la part de responsabilité de chacune des parties (art. 5 de *The Negligence Act*,) est une conclusion tirée des faits et qui ne doit pas être modifiée en appel sauf au cas d'erreur démontrable.

*Appel accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Thomson, Rogers, Toronto.*

**James Kevin Adgey** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

1973: May 17; 1973: October 2.

Present: Judson, Ritchie, Spence, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal Law—Plea of guilty at trial—Duty of trial judge—Legal aid duty counsel—Discretion of trial judge to hear evidence.*

The appellant pleaded guilty to several charges of false pretences, a charge of fraud, and a charge of break, enter and theft. He was represented by legal aid counsel. After plea had been entered, the facts giving rise to each charge were related by a police officer and the appellant was afforded an opportunity to explain. The appellant was convicted. No request for the change of plea was made during the hearing. The appellant appealed to the Court of Appeal which allowed the appeal as to one of the charges and dismissed the appeal as to all other charges. The issue is whether, having heard the explanation, the judge erred in failing to strike the guilty pleas and direct trial on the charges.

*Held* (Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Judson, Ritchie and Dickson JJ.: There are two stages in the proceedings in which a trial judge has a discretion so far as accepting a plea of guilty is concerned, first, when the charge is read and the plea is entered and, second, following the hearing of evidence, if the judge chooses to hear evidence. A trial judge is not bound, as a matter of law, in all cases to conduct an inquiry after a guilty plea has been entered. If however evidence is heard it may indicate that the accused never intended to admit to a fact which is an essential ingredient of the offence with which he is charged or that he may have misapprehended the effect of the guilty plea or never intended to plead guilty at all, in any of which events the judge may in his discretion direct that a plea of not guilty be entered or permit the accused to change his plea to not guilty. This discretion if exercised judicially will not lightly be interfered with. An appel-

**James Kevin Adgey** *Appelant* ;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

1973: le 17 mai; 1973: le 2 octobre.

Présents: Les Juges Judson, Ritchie, Spence, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel—Plaidoyer de culpabilité au procès—Devoir du juge de première instance—Avocat de service de l'aide juridique—Discrétion du juge de première instance d'entendre des témoignages.*

L'appelant s'est avoué coupable sous plusieurs accusations de faux semblant, une accusation de fraude et une accusation de vol avec effraction. L'appelant était représenté par un avocat de l'aide juridique. Après l'inscription du plaidoyer, les faits qui ont donné lieu à chacune des accusations furent relatés par un agent de police et l'appelant a eu l'occasion de s'expliquer. L'appelant a été reconnu coupable. Aucune demande de changement de plaidoyer n'a été faite à l'audience. L'appelant a interjeté appel à la Cour d'appel qui a accueilli l'appel quant à une des accusations et a rejeté l'appel quant à toutes les autres. La question est de déterminer si, après avoir entendu l'explication, le juge a eu tort de ne pas rayer les plaidoyers de culpabilité et d'ordonner l'instruction des accusations portées.

*Arrêt* (Les Juges Spence et Laskin étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Les* Juges Judson, Ritchie et Dickson: Il y a deux étapes de la procédure où, en ce qui a trait à l'acceptation d'un plaidoyer de culpabilité, le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance entre en jeu, premièrement lorsque l'accusation est lue à l'inculpé et que le plaidoyer est inscrit et deuxièmement, après l'audition des témoins, si le juge choisit d'en entendre. Un juge de première instance n'est pas tenu, en droit, de faire enquête dans tous les cas après l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité. Si toutefois des témoignages sont entendus, ils peuvent indiquer que l'accusé n'a jamais eu l'intention d'admettre un fait qui est un élément essentiel de l'infraction dont il est accusé, ou qu'il s'est mépris sur les conséquences d'un plaidoyer de culpabilité, ou qu'il n'a jamais eu la moindre intention de s'avouer coupable; dans l'un ou l'autre de ces cas, le juge peut, à sa discrétion, ordonner qu'un plaidoyer de non-culpabilité soit ins-

lant can however later change his plea if he can satisfy the Appeal Court that there are valid grounds for his being permitted to do so.

On reviewing the charges to which the appellant pleaded guilty neither the facts admitted nor the statements made following the guilty pleas justify disturbing the exercise of discretion by the trial judge.

*Per* Spence and Laskin JJ., *dissenting*: The issue here and the foundation of the appeal to the Court of Appeal was whether the trial judge erred in law in permitting the guilty pleas to stand. The accused did not have counsel until, on his third appearance in Court and on his trial at that time, duty counsel stood with him. *The Legal Aid Act*, R.S.O. 1970, c. 239, as amended does not deal in any detail with duty counsel but the effect of s. 21(*b*) which provides for duty counsel is quite different from the central provisions of the Act which entitle persons charged with indictable offences to apply for legal aid certificates and to obtain full representation by counsel. The trial Court was aware that it was a duty counsel who appeared for the accused. The fact that the trial judge did not inquire if duty counsel had had an opportunity to consult with the accused and to ascertain the factual bases of the charges and whether the accused was willing to be represented by him should there be a plea of guilty was sufficient to require that the convictions be set aside and a new trial ordered. The duty of a trial judge respecting an inquiry into the facts on a plea of guilty is to satisfy himself that the accused understands the nature of the charge and its consequences and is unequivocal in his plea of guilty but this must be complemented by the duty of the Crown to adduce facts which, taken to be true, support the charge and conviction. In the present case on the facts narrated by the Crown there was sufficient doubt on the elements of the offence to warrant striking the plea.

[*Brosseau v. The Queen*, [1969] S.C.R. 181; *R. v. Milina* (1946), 86 C.C.C. 374; *Thibodeau v. The Queen*, [1955] S.C.R. 646; *R. v. Forde* (1923), 17 Cr. App. R. 99; *R. v. Bamsey*, [1960] S.C.R. 294; *R. v. Slymkowich*, [1954] S.C.R. 606 referred to.]

crit ou permettre à l'accusé de changer son plaidoyer pour un plaidoyer de non-culpabilité. On n'interviendra pas à la légère si cette discrétion est exercée de façon judiciaire. Un appelant peut cependant changer par la suite son plaidoyer s'il peut convaincre la cour d'appel qu'il existe des motifs valables pour lui permettre de le faire.

A l'examen des accusations auquel l'appelant a plaidé coupable, ni les faits admis ni les déclarations faites à la suite des plaidoyers de culpabilité, ne justifient une intervention dans l'exercice de la discrétion du juge de première instance.

*Les* Juges Spence et Laskin, *dissidents*: Le litige en l'espèce et le fondement de l'appel en cour d'appel est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur de droit en permettant que les aveux de culpabilité subsistent. L'accusé n'était pas représenté par un avocat jusqu'à ce que, à sa troisième comparution en cour et à son procès qui a eu lieu à ce moment-là, un avocat de service l'assiste. *The Legal Aid Act*, R.S.O. 1970, c. 239, modifié, ne donne pas de précisions sur l'avocat de service mais l'effet de l'al. *b*) de l'art. 21 qui prévoit la nomination de l'avocat de service est bien différent des dispositions centrales de la loi qui donnent aux personnes accusées d'actes criminels le droit de demander des certificats d'aide juridique et d'obtenir d'être pleinement représentées par un avocat. Le juge de première instance savait que c'était un avocat de service qui comparaissait pour l'accusé. Le fait que le juge de première instance ne s'est pas enquis si l'avocat de service avait eu l'occasion de conférer avec l'accusé et de s'assurer des faits sur lesquels reposent les accusations, et si l'accusé consentait à se faire représenter par lui advenant qu'il s'avouait coupable, est suffisant pour infirmer les condamnations et ordonner un nouveau procès. Lors d'une enquête sur les faits entourant un plaidoyer de culpabilité, le juge de première instance doit s'assurer que l'accusé comprend la nature de l'accusation et ses conséquences et avoue sans équivoque sa culpabilité, le ministère public doit à son tour fournir des faits qui, présumés vrais, étayent l'accusation et la déclaration de culpabilité. En l'espèce, d'après les faits narrés par le ministère public, il y a un doute suffisant quant aux éléments de l'infraction pour justifier la radiation du plaidoyer.

[Arrêts mentionnés: *Brosseau c. La Reine*, [1969] R.C.S. 181; *R. v. Milina* (1946), 86 C.C.C. 374; *Thibodeau c. La Reine*, [1955] R.C.S. 646; *R. v. Forde* (1923), 17 Cr. App. R. 99; *R. c. Bamsey*, [1960] R.C.S. 294; *R. c. Slymkowich*, [1954] R.C.S. 606.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from conviction on several charges of fraud and of breaking, entering and theft, appeal dismissed, Spence and Laskin JJ. dissenting.

*E. L. Schofield,* for the appellant.

*R. M. McLeod,* for the respondent.

The judgment of Judson, Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

DICKSON J.—The appellant pleaded guilty before a Provincial Court Judge to several charges of false pretences, a charge of fraud, and a charge of break, enter and theft. The appellant was represented by legal aid counsel. After plea had been entered, the facts giving rise to each of the charges were related by a police officer and the appellant was afforded an opportunity to explain. The issue in this appeal is whether, having heard the explanation, the judge erred in failing to strike the guilty pleas and direct trial upon the charges. No request for a change of plea was made during the hearing.

The judge accepted the guilty pleas on all charges and sentenced the appellant to three months on the charge of break, enter and theft. On all of the other charges, the appellant was sentenced to one year probation with suspended sentence and ordered to make restitution. The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal. The Court of Appeal allowed the appeal as to one of the charges and dismissed the appeal as to all other charges.

There are two stages in the proceedings in which, so far as accepting a plea of guilty is concerned, the discretion of the trial judge comes into play: first, when the charge is read to the accused and a plea of guilty is entered, and, second, following the hearing of evidence, if the judge chooses to hear evidence. When a

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant un appel d'une condamnation sous plusieurs accusations de fraudes et de vol avec infraction. Pourvoi rejeté, les Juges Spence et Laskin étant dissidents.

*E. L. Schofield,* pour l'appelant.

*R. M. McLeod,* pour l'intimée.

Le jugement des Juges Judson, Ritchie et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON—L'appelant s'est avoué coupable devant un juge de la Cour provinciale sous plusieurs accusations de faux semblant, une accusation de fraude, et une accusation de vol avec effraction. L'appelant était représenté par un avocat de l'Aide juridique. Après l'inscription du plaidoyer, les faits qui ont donné lieu à chacune des accusations furent relatés par un agent de police et l'appelant a eu l'occasion de s'expliquer. La question dans le présent appel est de déterminer si, après avoir entendu l'explication, le juge a eu tort de ne pas rayer les plaidoyers de culpabilité et ordonner l'instruction des accusations portées. Aucune demande de changement de plaidoyer n'a été faite à l'audience.

Le juge a accepté les plaidoyers de culpabilité sur toutes les accusations portées et il a condamné l'appelant à une peine de trois mois sur l'accusation de vol avec effraction; en ce qui a trait aux autres accusations, l'appelant a été condamné à une année de probation avec sursis de peine et ordonnance restitutoire. L'appelant a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel a accueilli l'appel quant à une des accusations et a rejeté l'appel quant à toutes les autres.

Il y a deux étapes de la procédure où, en ce qui a trait à l'acceptation d'un plaidoyer de culpabilité, le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance entre en jeu: premièrement, lorsque l'accusation est lue à l'inculpé et qu'un plaidoyer de culpabilité est inscrit, et, deuxièmement, après l'audition des témoins, si le juge

plea of guilty is entered by the accused or someone on his behalf, the trial judge may or may not accept that plea. This Court has decided in *Brosseau v. The Queen*[1], that a trial judge is not bound, as a matter of law, in all cases to conduct an inquiry after a guilty plea has been entered. In that case the accused was an Indian with a Grade II education. He was charged with capital murder to which he originally pleaded not guilty. Later, after several interviews with counsel, he pleaded guilty to non-capital murder and was sentenced to life imprisonment. He later appealed on the ground that he did not understand that a conviction for non-capital murder entailed a sentence of life imprisonment and that he had agreed to plead guilty to the reduced charge because of his fear of hanging. Cartwright C.J. stated (pp. 188-9):

> No doubt when a plea of guilty is offered and there is any reason to doubt that the accused understands what he is doing, the judge or magistrate will make inquiry to ascertain whether he does so and the extent of the inquiry will vary with the seriousness of the charge to which the accused is pleading.

Cartwright C.J. approved the statement of Sidney Smith J.A. in *Rex v. Milina*[2], and concluded at p. 190:

> Failure to make due inquiry may well be a ground on which the Court of Appeal will exercise its jurisdiction to allow the plea of guilty to be withdrawn if it is made to appear that the accused did not fully appreciate the nature of the charge or the effect of his plea or if the matter is left in doubt; but in my opinion, it cannot be said that where, as in the case at bar, an accused is represented by counsel and tenders a plea of guilty to non-capital murder, the trial Judge before accepting it is bound, as a matter of law, to interrogate the accused.

[1] [1969] S.C.R. 181.
[2] (1946), 86 C.C.C. 374.

choisit d'en entendre. Lorsqu'un plaidoyer de culpabilité est offert par l'inculpé ou par quelqu'un en son nom, le juge de première instance peut accepter ce plaidoyer ou ne pas l'accepter. Cette Cour a décidé dans l'affaire *Brosseau c. La Reine*[1], qu'un juge de première instance n'est pas tenu, en droit, de faire enquête dans tous les cas après l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité. Dans cette affaire-là, l'accusé était un Indien qui n'avait que deux années de scolarité. Il fut accusé de meurtre qualifié, accusation à laquelle il plaida initialement non-coupable. Plus tard, après plusieurs entrevues avec son avocat, il s'avoua coupable de meurtre non qualifié et fut condamné à l'emprisonnement à perpétuité. Il interjeta ensuite appel pour le motif qu'il n'avait pas compris qu'une déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié entraînait une peine d'emprisonnement à perpétuité, et qu'il avait consenti à s'avouer coupable de l'infraction moindre à cause de sa peur de la pendaison. M. le Juge en chef Cartwright a déclaré (aux pp. 188-9):

> [TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que lorsqu'un plaidoyer de culpabilité est offert et qu'il y a raison de douter que l'accusé comprend ce qu'il fait, le juge ou le magistrat fera une enquête pour s'assurer qu'il comprend, et l'ampleur de cette enquête variera selon la gravité de l'accusation à l'égard de laquelle l'accusé plaide.

M. le Juge en chef Cartwright a approuvé l'énoncé de M. le Juge d'appel Sidney Smith dans l'affaire *R. c. Milina*[2], et il a conclu à la p. 190:

> [TRADUCTION] L'omission de faire l'enquête requise peut être un motif sur lequel la Cour d'appel s'appuiera pour exercer le pouvoir qu'elle possède de permettre le retrait du plaidoyer de culpabilité s'il appert que l'accusé n'a pas complètement compris la nature de l'accusation ou l'effet de son plaidoyer ou si la chose est laissée dans le doute; mais à mon avis, on ne peut pas dire que lorsque, comme dans le présent cas, un accusé est représenté par un avocat et s'avoue coupable de meurtre non qualifié, le juge de première instance est tenu en droit de l'interroger avant d'accepter le plaidoyer.

[1] [1969] R.C.S. 181.
[2] (1946), 86 C.C.C. 374.

If the trial judge chooses to hear evidence, for the purpose of satisfying himself that the charges are well founded or in order to have a factual background prior to imposing sentence, the evidence may indicate the accused never intended to admit to a fact which is an essential ingredient of the offence with which he is charged or he may have misapprehended the effect of the guilty plea or never intended to plead guilty at all, in any of which events the judge may, in his discretion, direct that a plea of not guilty be entered or permit the accused to withdraw his original plea and enter a new one.

Si le juge de première instance choisit d'entendre des témoignages, dans le but de s'assurer que les accusations sont bien fondées ou afin de se familiariser avec les faits pertinents avant d'imposer une sentence, la preuve peut indiquer que l'accusé n'a jamais eu l'intention d'admettre un fait qui est un élément essentiel de l'infraction dont il est accusé, ou qu'il s'est mépris sur les conséquences d'un plaidoyer de culpabilité, ou qu'il n'a jamais eu la moindre intention de s'avouer coupable; dans l'un ou l'autre de ces cas, le juge peut, à sa discrétion, ordonner qu'un plaidoyer de non-culpabilité soit inscrit ou permettre à l'accusé de retirer son plaidoyer initial et d'en offrir un nouveau.

The discretion exercised by the trial judge is one which "if exercised judicially, will not be lightly interfered with." *per* Cartwright J. (as he then was) in *Thibodeau v. The Queen*[3], at p. 654.

La discrétion du juge de première instance est une discrétion dans laquelle, [TRADUCTION] «si elle est exercée de façon judiciaire, on n'interviendra pas à la légère». Par M. le Juge Cartwright (alors juge puîné) dans l'affaire *Thibodeau c. La Reine*[3], à la p. 654.

Counsel for the Crown submitted that the test to be applied was that formulated by Avory J. in *R. v. Forde*[4].

L'avocat de la Couronne a soutenu que le critère qu'il faut appliquer est celui qu'a formulé M. le Juge Avory dans l'affaire *R. c. Forde*[4]:

A plea of guilty having been recorded, this Court can only entertain an appeal against conviction if it appears (1) That the appellant did not appreciate the nature of the charge, or did not intend to admit that he was guilty of it; or (2) That upon the admitted facts he could not in law have been convicted of the offence charged.

[TRADUCTION] Un aveu de culpabilité ayant été inscrit, cette Cour peut seulement connaître d'un appel d'une déclaration de culpabilité s'il appert (1) que l'appelant n'a pas compris la nature de l'accusation, ou n'avait pas l'intention d'avouer sa culpabilité à l'égard d'icelle; ou (2) que d'après les faits reconnus, il n'aurait pu, en droit, être déclaré coupable de l'infraction dont il était accusé.

With respect, in my view this defines the rule too narrowly. I see no reason why the Court's right to permit a withdrawal of a plea of guilty should be necessarily limited to the "admitted" facts. Statements made in the course of the inquiry following a guilty plea may, although not admitted by the Crown, justify the Court in rejecting the guilty plea and proceeding to trial.

Respectueusement, à mon avis c'est définir la règle de façon trop étroite. Je ne vois aucunement pourquoi le droit qu'a la Cour de permettre le retrait d'un aveu de culpabilité doit nécessairement être restreint aux faits «reconnus». Des déclarations faites au cours de l'enquête à la suite d'un aveu de culpabilité peuvent, même si le ministère public ne les admet pas, autoriser la Cour à rejeter le plaidoyer de culpabilité et à tenir un procès.

[3] [1955] S.C.R. 646.
[4] (1923), 17 Cr. App. R. 99.

[3] [1955] R.C.S. 646.
[4] (1923), 17 Cr. App. R. 99.

This Court in *The Queen v. Bamsey*[5], at p. 298, held that an accused may change his plea if he can satisfy the Appeal Court "that there are valid grounds for his being permitted to do so." It would be unwise to attempt to define all that which might be embraced within the phrase "valid grounds". I have indicated above some of the circumstances which might justify the Court in permitting a change of plea. The examples given are not intended to be exhaustive.

Turning now to the charges to which the appellant pleaded guilty; those relating to false pretences may be disposed of without difficulty. They relate to a ring obtained from Henry Birks & Sons Limited in Oshawa for $150 by means of a worthless cheque. The ring was subsequently returned to Birks. The appellant gave no explanation with respect to this charge. Two charges concerned obtaining merchandise by false pretences from S.S. Kresge Company. The officer testified that the merchandise had been obtained by N.S.F. cheques. The appellant explained he knew when he wrote the cheques he did not have enough money in the bank to cover them. He intended to obtain money from his aunt and deposit it the next day to cover the cheques. Two other charges related also to obtaining merchandise by false pretences by N.S.F. cheques. No explanation was given by the appellant. So far as this group of charges is concerned, therefore, the position is that the accused pleaded guilty and either offered no explanation or the explanation that he intended to get money from his aunt. It was within the discretion of the trial judge to accept or reject that explanation in deciding whether to strike the pleas of guilty. I would not disturb the exercise of his discretion.

Another charge which, in my view, can also readily be disposed of is that the appellant defrauded Texaco Oil Ltd. and Peter Farano of

[5] [1960] S.C.R. 294.

Cette Cour dans l'affaire *La Reine c. Bamsey*[5], à la p. 298, a décidé qu'un accusé peut changer son plaidoyer s'il peut convaincre la cour d'appel [TRADUCTION] «qu'il existe des motifs valables pour lui permettre de le faire.» Il ne serait pas sage de tenter de définir tout ce qui pourrait entrer dans l'expression «motifs valables». J'ai indiqué plus haut quelques-unes des circonstances qui pourraient autoriser la Cour à permettre un changement de plaidoyer. Les exemples donnés ne se veulent pas exhaustifs.

Passant maintenant aux accusations dont l'appelant s'est avoué coupable; celles se rapportant aux faux semblants peuvent être réglées sans difficulté. Elles se rapportent à une bague obtenue pour $150 de Henry Birks & Sons Limited à Oshawa au moyen d'un chèque sans provision. La bague fut subséquemment retournée à Birks. L'appelant n'a fourni aucune explication au sujet de cette accusation. Deux accusations avaient trait à l'obtention de marchandises, par faux semblant, de S.S. Kresge Company. L'agent a témoigné que la marchandise avait été obtenue au moyen de chèques sans provision. L'appelant a expliqué qu'il savait, lorsqu'il a fait les chèques, qu'il n'avait pas suffisamment d'argent en banque pour les couvrir. Il avait l'intention d'obtenir de l'argent de sa tante et de le déposer le jour suivant pour couvrir les chèques. Deux autres accusations portaient également sur l'obtention de marchandises par faux semblant au moyen de chèques sans provision. L'appelant n'a fourni aucune explication. Dans la mesure où ce groupe d'accusations est concerné, par conséquent, on voit que l'accusé s'est avoué coupable et soit n'a fourni aucune explication soit a expliqué avoir eu l'intention d'obtenir de l'argent de sa tante. Il entrait dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'accepter ou de rejeter cette explication en décidant s'il allait rayer les aveux de culpabilité. Je ne suis pas disposé à intervenir dans l'exercice de sa discrétion.

Une autre accusation qui, à mon sens, peut être réglée facilement porte que l'appelant a fraudé Texaco Oil Ltd. et Peter Farano de mar-

[5] [1960] R.C.S. 294.

merchandise to the value of $674.30. The officer testified that the appellant, in about April 1970, was in partnership with one Rene Cornu. The partnership was dissolved about the end of April and Mr. Cornu permitted appellant to use Cornu's vehicle. He furnished the appellant with a Texaco credit card to provide gas for the car. The period of the loan was to be for two days only. The car was returned after two days but Cornu's attempts to recover the card were unsuccessful. The appellant used the card to have extensive repairs made to his own motor vehicle. The appellant said he did not understand the loan of the card to be only for a two day period, but did not deny the purpose of the loan was limited to the purchase of gas for the car which Cornu had loaned to him. In my view the judge was correct in accepting the appellant's plea of guilty to the charge.

Finally, the appellant was charged with unlawfully breaking and entering the cottage of Rene Cornu and committing theft therein. The officer testified that the Ontario Provincial Police found the appellant and a young woman in Cornu's cottage and that the appellant had consumed a quantity of Cornu's liquor. Mr. Cornu had returned from Cornell University unexpectedly. The appellant explained to the Court that he and Cornu had previously been business associates. It had been intended that the cottage would be rented for the summer, but about seven days before Cornu left for Cornell he and the appellant had an argument and, in the words of the appellant, "I found out he wasn't my friend any more". Notwithstanding, the appellant, according to his explanation, went to the cottage for some unexplained reason, found the grass to be waist high, told Cornu's girl friend that he was going to cut the grass and make the cottage liveable. He was at the cottage from a Tuesday morning until Friday when Cornu returned unexpectedly, accompanied by a police officer. Cornu asked the appellant what he was doing there, and in the words of the appellant, "I didn't know what to say". In

chandises évaluées à $674.30. L'agent a témoigné que l'appelant, vers le mois d'avril 1970, était l'associé d'un dénommé René Cornu. La société fut dissoute vers la fin d'avril et M. Cornu a donné à l'appelant la permission d'utiliser le véhicule de Cornu. Il a remis à l'appelant une carte de crédit de Texaco pour acheter de l'essence pour l'automobile. Le prêt ne devait valoir que pour une période de deux jours. L'automobile fut remise à Cornu deux jours plus tard mais les tentatives de ce dernier pour reprendre la carte de crédit furent vaines. L'appelant s'est servi de la carte pour faire effectuer des réparations importantes à son propre véhicule à moteur. L'appelant a dit qu'il n'avait pas compris que le prêt de la carte était pour une durée de deux jours seulement, mais il n'a pas nié que le but du prêt se limitait à l'achat d'essence pour l'automobile que Cornu lui avait prêtée. A mon avis, le juge a eu raison d'accepter le plaidoyer par lequel l'appelant s'avouait coupable de cette accusation.

Finalement, l'appelant fut accusé d'avoir pénétré par effraction illégalement dans le chalet de René Cornu et d'y avoir commis un vol. L'agent a témoigné que la sûreté provinciale de l'Ontario a trouvé l'appelant et une jeune femme dans le chalet de Cornu et que l'appelant avait consommé une certaine quantité d'alcool appartenant à Cornu. M. Cornu était revenu de l'Université Cornell à l'improviste. L'appelant a expliqué à la Cour que lui-même et Cornu avaient antérieurement été associés en affaires. Il avait été entendu que le chalet serait loué pour la saison d'été, mais environ sept jours avant le départ de Cornu pour l'Université Cornell, lui et l'appelant se sont disputés et, pour reprendre les termes de l'appelant, [TRADUCTION] «j'ai découvert qu'il n'était plus mon ami». Nonobstant, l'appelant, d'après son explication, est allé au chalet pour un motif qu'il n'a pas expliqué, s'est rendu compte que l'herbe avait poussé jusqu'à hauteur de taille, a dit à l'amie de Cornu qu'il allait couper l'herbe et rendre le chalet habitable. Il est resté au chalet du mardi matin jusqu'au vendredi alors que Cornu est revenu inopinément, accompagné d'un agent de police. Cornu a demandé à l'appe-

explaining how he entered the appellant stated that the door of the cottage was locked but the lock did not catch. He had had a key but Cornu had apparently taken it from him.

In considering whether the judge erred in not striking the plea entered by the appellant, the significance and effect of a guilty plea must be acknowledged. In pleading guilty an accused admits having done that with which he is charged. By his plea in the instant case, the appellant admitted he broke and entered the cottage owned by Cornu and committed theft therein. His explanation served to confirm the breaking and the entry; he did not deny the theft. The highest footing upon which the appellant can put his case is that he thought he had some colour of right to do what he did. The cottage, however, belonged to Cornu. The earlier business relations and friendship had ended. Cornu had relieved the appellant of the key to the cottage. When the appellant was asked to explain his presence to Cornu and the police officer, he did not know what to say. In these circumstances it is difficult to discern any foundation upon which a claim to colour of right could properly rest: see *The Queen v. Shymkowich*[6].

I would dismiss the appeal.

The judgment of Spence and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J. (*dissenting*)—This appeal, brought here by leave of this Court, raises the questions whether pleas of guilty, offered by the accused to a number of charges on which he elected to be tried by a provincial judge, should not have been entered without previous inquiry or should have been struck out and pleas of not guilty entered. When he appeared before the provincial judge on February 10, 1971, the accused faced ten charges, one of fraud, one of break, enter and theft, five of obtaining by false pre-

[6] [1954] S.C.R. 606.

lant ce qu'il faisait là; à cela l'appelant dit lui-même, [TRADUCTION] «je n'ai pas su quoi dire». En expliquant comment il est entré, l'appelant a déclaré que la porte du chalet était fermée à clé, mais que la serrure n'était pas engagée. Il avait déjà eu une clé mais Cornu la lui avait apparemment retirée.

Pour déterminer si le juge a commis une erreur en ne rayant pas le plaidoyer de culpabilité inscrit par l'appelant, il faut tenir compte de la signification et de l'effet d'un plaidoyer de culpabilité. En plaidant coupable, un accusé reconnaît avoir fait ce dont il est accusé. Par son plaidoyer en la présente espèce, l'appelant a admis avoir pénétré par effraction dans le chalet appartenant à Cornu et y avoir commis un vol. Son explication a servi à confirmer l'effraction et l'entrée; il n'a pas nié le vol. Le meilleur moyen de défense que l'appelant peut offrir est qu'il croyait avoir une apparence de droit de faire ce qu'il a fait. Le chalet, cependant, appartenait à Cornu. Les relations d'affaires et l'amitié qui avaient existé plus tôt avaient pris fin. Cornu s'était fait remettre par l'appelant la clé du chalet. Lorsque l'appelant fut appelé à expliquer sa présence à Cornu et à l'agent de police, il ne sut pas quoi dire. Dans ces conditions, il est difficile de trouver une base quelconque sur laquelle une allégation d'apparence de droit pourrait valablement se fonder: voir *La Reine c. Shymkowich*[6].

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Le jugement des Juges Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN (*dissident*)—Ce pourvoi, interjeté ici avec permission de cette Cour, pose les questions de savoir si des plaidoyers de culpabilité, offerts par l'accusé relativement à un certain nombre d'accusations pour lesquelles il avait choisi de subir son procès devant un juge provincial, auraient dû ne pas être inscrits sans enquête préalable ou auraient dû être rayés et des plaidoyers de non-culpabilité inscrits. Lorsqu'il a comparu devant le juge provincial le 10 février 1971, l'accusé a fait face à dix accu-

[6] [1954] R.C.S. 606.

tences, one of theft under $50, one of unlawful possession and one of careless driving. The theft charge and the possession charge were related, and the former was dropped as a result of what the accused said when his plea was taken. He was convicted on all the other charges. On appeal to the Ontario Court of Appeal, his conviction on the possession charge was set aside and an acquittal entered, but the appeal was otherwise dismissed.

In this Court, issue was taken with the convictions on the charge of break, enter and theft, the charge of fraud and the five charges of obtaining by false pretences. The accused, who was twenty-one years of age at the time and had no previous criminal record, was represented by duty counsel present in the Court on February 10, 1971. Counsel for the Crown very fairly conceded that the trial judge did not deal with the charges *seriatim* and ask accused what he had to say as to each, and also that the entire proceedings were somewhat imperious. After the pleas of guilty, a police inspector was called by the Crown to give an account of the investigations into the various matters out of which the charges arose. When he concluded his narration, Crown counsel appeared to take over, asking the accused whether he disputed any of those matters, and after receiving the answer "no" asked him "All right. What's your version?". Accused began to speak and was then told by the trial judge "Come on up here if you wish to say anything". The record then states that the accused was called and sworn, and gave testimony which is reproduced in the transcript. He was questioned by the trial judge only. Crown counsel then said that he had no questions, and the Court asked duty counsel if he wished to question the accused and he answered that he had no questions but wished to make some submissions, and he directed them to sentence.

sations: une de fraude, une de vol avec effraction, cinq d'obtention par de faux semblants, une de vol relatif à une valeur ne dépassant pas $50, une de possession illégale et une de conduite imprudente d'un véhicule à moteur. Il y avait un rapport entre l'accusation de vol et celle de possession, et la première a été retirée à la suite de ce qu'a dit l'accusé lorsque son plaidoyer a été reçu. Il fut déclaré coupable sous tous les autres chefs d'accusations. En appel à la Cour d'appel de l'Ontario, sa condamnation sous l'accusation de possession fut écartée et un acquittement fut inscrit, mais l'appel fut pour le reste rejeté.

En cette Cour, on conteste les déclarations de culpabilité prononcées sous l'accusation de vol avec effraction, l'accusation de fraude et les cinq accusations d'obtention par de faux semblants. L'accusé, qui était âgé de 21 ans à l'époque et n'avait pas de casier judiciaire, fut représenté par un avocat de service présent en cour le 10 février 1971. L'avocat de la Couronne a très équitablement admis que le juge du procès n'a pas traité les accusations séparément et n'a pas demandé à l'accusé de s'expliquer sur chacune d'elles, et que tout s'est déroulé de façon quelque peu impérieuse. Après les aveux de culpabilité, un inspecteur de la police fut appelé par le ministère public pour donner un compte rendu des enquêtes sur les divers événements qui ont donné lieu aux accusations. Après que celui-ci eut conclu sa narration, l'avocat de la Couronne paraît avoir assumé la direction de l'affaire, demandant à l'accusé s'il contestait quelque chose; après avoir reçu une réponse négative, il lui a demandé: [TRADUCTION] «Très bien. Quelle est votre version?» L'accusé a commencé à parler et le juge de première instance lui dit alors: [TRADUCTION] «Approchez si vous désirez dire quelque chose». Le procès-verbal fait alors voir que l'accusé fut interpelé et assermenté et qu'il a rendu son témoignage qui est reproduit dans la transcription des notes sténographiques. Seul le juge l'a interrogé. Puis l'avocat de la Couronne a déclaré qu'il n'avait pas de questions à poser, et la Cour a demandé à l'avocat de service s'il désirait interroger l'accusé et ledit avocat a répondu qu'il n'avait pas de questions mais désirait faire quelques observations, qui ont toutes porté sur la sentence.

This is not a case where the accused sought to withdraw his pleas of guilty and his request was denied, nor is it a case where the trial judge gave consideration to a change of plea and in his discretion refused to allow it. What is alleged here, and what was the foundation of the appeal to the Ontario Court of Appeal, is that the trial judge erred in law in permitting the guilty pleas to stand.

The accused did not have counsel until, on his third appearance in Court and on his trial at that time, duty counsel stood with him. The record does not show when the duty counsel first spoke to the accused or what opportunity he had to confer with the accused or with Crown counsel on his behalf. On the careless driving charge, which is not before this Court, it was duty counsel who answered, when the accused was asked to plead, that the accused pleads guilty. Two charges of false pretences were then read, and when asked to plead to them the accused said "I don't know about one of them. Guilty, I guess". To which duty counsel said, "Don't guess. Don't do me a favour". Accused then said "Guilty", but after an intervention by Crown counsel, he said "I want to explain that. There's an explanation for that". The trial judge made a remark and the accused said "Can I say what happened?". To which the Court replied "You can have all morning to say what happened". This was followed by the Crown counsel asking the accused how he pleads to the two charges and the accused said "Guilty".

Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle l'accusé a cherché à retirer ses aveux de culpabilité et où sa demande a été rejetée; il ne s'agit pas non plus d'une affaire où le juge de première instance a considéré la question d'un changement de plaidoyer et, dans sa discrétion, a refusé de l'accorder. Ce qui est allégué ici, et qui a constitué le fondement de l'appel en Cour d'appel de l'Ontario, c'est que le juge de première instance a commis une erreur de droit en permettant que les aveux de culpabilité subsistent.

L'accusé n'était pas représenté par un avocat jusqu'à ce que, à sa troisième comparution en cour et à son procès qui a eu lieu à ce moment-là, un avocat de service l'assiste. Le dossier ne fait pas voir quand l'avocat de service a parlé à l'accusé pour la première fois ni les occasions qu'il a eues de conférer avec l'accusé, ou de conférer au nom de ce dernier avec l'avocat de la Couronne. Pour ce qui est de l'accusation de conduite imprudente d'un véhicule à moteur, dont cette Cour n'est pas saisie, c'est l'avocat de service qui a répondu, lorsqu'il fut demandé à l'accusé quel était son plaidoyer, que l'accusé s'avouait coupable. Deux accusations de faux semblant furent alors lues, et lorsqu'on lui a demandé quel était son plaidoyer à cet égard, l'accusé a dit [TRADUCTION] «Je ne sais pas au sujet de l'une d'elles. Coupable, je suppose.» Sur quoi l'avocat de service a dit, [TRADUCTION] «Ne faites de supposition. Ne me faites de faveur». L'accusé a dit alors «coupable», mais après une intervention de la part de l'avocat de la Couronne, il a dit «Je veux m'expliquer la-dessus. Il y a une explication à cela». Le juge de première instance a fait une observation et l'accusé a dit «Puis-je dire ce qui est arrivé?» Ce à quoi la Cour a répondu «Vous pouvez prendre toute l'avant-midi pour dire ce qui est arrivé». Après quoi l'avocat de la Couronne a demandé à l'accusé comment il plaidait à ces deux accusations et l'accusé a dit «Coupable».

During the course of the narration by the police officer of the facts as he had them respecting the charge of break, enter and theft, he spoke of a voluntary statement made by the accused whereupon Crown counsel interrupted to say "We won't bother going into that. We are agreed that he did not have anyone's permission to be there. Go ahead". There is nothing to show who was meant by "we", but if taken literally to refer to an agreement, rather than being an observation about the conclusion of the prosecuting authorities from their inquiries, it must be a reference to an agreement with duty counsel. Not only did the latter remain mute, but the accused, when sworn, gave an account of the circumstances under which he entered the premises in question (a cottage owned by a former business partner) and these indicated a possible defence of colour of right. It is difficult in these circumstances to hold that the accused was foreclosed by any agreement with his duty counsel, if indeed he agreed on the accused's behalf to what Crown counsel said.

Quand il a donné sa version des faits, tels qu'il les comprenait, sur le sujet de l'accusation de vol avec effraction, l'agent de police a parlé d'une déclaration volontaire faite par l'accusé; à ce moment-là l'avocat de la Couronne l'a interrompu pour dire «Ca ne vaut pas la peine de parler de cela. Nous sommes d'accord qu'il n'avait la permission de personne pour être là. Continuez». Rien n'indique à qui s'appliquait le «nous», mais s'il est pris littéralement comme se référant à un accord, plutôt que comme observation sur la conclusion que les autorités chargées de la poursuite ont tirée de leur enquête, il faut y voir une allusion à un accord conclu avec l'avocat de service. Non seulement ce dernier est-il demeuré muet, mais l'accusé, lorsqu'il a prêté serment, a donné un compte-rendu des circonstances dans lesquelles il s'est introduit dans les lieux en question (un chalet appartenant à un ancien associé d'affaires), et celles-ci indiquent un moyen de défense possible d'apparence de droit. Il est difficile dans ces conditions de conclure que l'appelant était forclos en raison d'un accord avec son avocat de service, si vraiment ce dernier a acquiescé au nom de l'accusé à ce qu'a dit l'avocat de la Couronne.

I have gone into these matters because, in my opinion, where an accused is asked, as here, to plead to a succession of charges, the fact that he is or is not represented by counsel is material to the duty that lies upon a trial judge in relation to pleas of guilty. On the record of proceedings in this case, I am of the opinion that even if the accused had been represented by retained counsel, the trial judge would have erred in law in failing to enter pleas of not guilty in respect of any charge where the accused had indicated at the time of plea that he wished to challenge the charge, or where it later appeared that the facts did not support the charge and the plea of guilty thereto. This is entirely apart from the prior obligation that rests upon a trial judge to seek assurance, especially from an unrepresented accused, that any plea of guilty is voluntary and based on an appreciation of the nature of the charges and of the consequences of such a plea. On the foregoing view of the law (and I propose to examine the authorities) the two questions

J'ai exposé ces choses parce que, à mon avis, lorsqu'on demande à un accusé, comme c'est ici le cas, d'offrir un plaidoyer sur une série d'accusations, le fait qu'il est représenté par un avocat ou qu'il ne l'est pas a un rapport avec le devoir imposé à un juge de première instance relativement aux aveux de culpabilité. Me fondant sur le dossier des procédures en cette affaire, je suis d'avis que même si l'accusé avait été représenté par un avocat dont il avait retenu les services, ce serait, de la part du juge de première instance, commettre une erreur de droit que de ne pas inscrire de plaidoyer de non-culpabilité à l'égard d'une accusation si l'accusé indique vouloir contester celle-ci au moment du plaidoyer, ou s'il appert plus tard que les faits n'étayent pas l'accusation ni l'aveu de culpabilité y afférent. Cela n'a absolument rien à voir avec l'obligation préalable d'un juge de première instance de se faire confirmer, spécialement par un accusé qui n'est pas représenté, que tout aveu de culpabilité est volontaire et fondé sur

that arise are whether the accused should have been treated here as if he was represented by retained counsel when it was duty counsel who appeared with him and, if so, whether the course of proceedings obliged the trial judge not to enter or to re-open the pleas.

*The Legal Aid Act*, R.S.O. 1970, c. 239, as amended does not deal in any detail with duty counsel. Section 21(*b*) provides for the establishment of a panel of lawyers to act as duty counsel. This is something quite different from the central provisions of the Act which entitle persons charged with indictable offences to apply for legal aid certificates and to obtain full representation by counsel. It is the Regulations under the Act that spell out the functions of duty counsel. Section 69 of the Regulations (R.R.O. 1970, Reg. 557) provides:

> Where a person has been taken into custody or summoned and charged with an offence, he may obtain before appearance to the charge the assistance of duty counsel who shall,
>
> (*a*) advise him of his rights and take such steps as the circumstances require to protect his rights, including representing him on an application for remand or adjournment or for bail or on the entering of a plea of guilty and making representation with respect to sentence where a plea of guilty is entered. . . .

I have already stated that the record in the present case does not show when duty counsel became involved with the accused. It does, however, indicate that the Court was aware that it was a duty counsel who appeared for and with the accused. In such a case, I think it mandatory for the trial judge to inquire if duty counsel has had an opportunity to consult with the accused and to ascertain the factual bases of the charges, and whether the accused is willing to

une appréciation de la nature des accusations et des conséquences de semblable aveu. D'après le point de vue qui vient d'être exprimé sur le droit (et je me propose d'examiner les précédents), les deux questions qui se posent sont de déterminer si l'accusé devait être traité ici comme s'il était représenté par un avocat dont il avait retenu les services quand c'est un avocat de service qui comparaissait avec lui et, si c'était le cas, de déterminer si le déroulement de l'affaire obligeait le juge de première instance à ne pas inscrire les plaidoyers ou à rouvrir l'appel des plaidoyers.

La loi dite *Legal Aid Act*, R.S.O. 1970, c. 239, modifiée, ne donne pas de précisions sur l'avocat de service. L'article 21, al. *b*), prévoit l'établissement d'un tableau d'avocats devant agir comme avocats de service. C'est une chose bien différente des dispositions centrales de la loi qui donnent aux personnes accusées d'actes criminels le droit de demander des certificats d'aide juridique et d'obtenir d'être pleinement représentées par un avocat. C'est le règlement établi en vertu de cette loi qui énonce les fonctions de l'avocat de service. L'art. 69 du Règlement (R.R.O. 1970, Règlement 557) prévoit:

> [TRADUCTION] Lorsqu'une personne a été amenée en détention ou a reçu une sommation et a été accusée d'une infraction, elle peut obtenir avant de comparaître à l'accusation l'assistance d'un avocat de service qui doit,
>
> *a*) l'aviser de ses droits et prendre les mesures que les circonstances exigent pour protéger ses droits, y compris la représenter dans une demande de renvoi ou d'ajournement ou de cautionnement ou lors de l'inscription d'un aveu de culpabilité et faire des observations concernant la sentence lorsqu'un plaidoyer de culpabilité a été inscrit. . . .

J'ai déjà dit que le dossier de la présente affaire n'indique pas à quel moment l'avocat de service a commencé à s'occuper de l'accusé. Il indique, cependant, que la Cour savait que c'était un avocat de service qui comparaissait pour l'accusé et avec lui. Dans un tel cas, je crois obligatoire que le juge de première instance s'enquière si l'avocat de service a eu l'occasion de conférer avec l'accusé et de s'assurer des faits sur lesquels reposent les accusations, et si l'accusé

be represented by him and to have him speak on his behalf if there should be pleas of guilty on duty counsel's advice. The record discloses no such inquiry in the present case.

This, in my view, is itself sufficient to abort the proceedings and to require that the convictions be set aside and a new trial ordered. But even on the assumption that the accused was as fully represented as if he had retained counsel, I am of the opinion, on the second question posed above, that in the circumstances of the present case the pleas of guilty should not have been entered. It is convenient to begin my canvass of the authorities with the well-known statement of Avory J. in *R. v. Forde*[7]. We are here in the field of judge-made law alone because the Canadian *Criminal Code* says nothing about any procedure to be followed by a trial judge either before accepting or on accepting or after accepting a plea of guilty. By contrast, Rule 11 of the Federal Rules of Criminal Procedure in the United States is as follows:

A defendant may plead not guilty, guilty or, with the consent of the court, *nolo contendere*. The court may refuse to accept a plea of guilty, and shall not accept such plea or a plea of *nolo contendere* without first addressing the defendant personally and determining that the plea is made voluntarily with understanding of the nature of the charge and the consequences of the plea. If a defendant refuses to plead or if the court refuses to accept a plea of guilty or if a defendant fails to appear, the court shall enter a plea of not guilty. The court shall not enter a judgment upon a plea of guilty unless it is satisfied that there is a factual basis for the plea.

And in Australia, s.600 of the *Criminal Code* of Queensland (there is a similar provision in Western Australia) provides:

If he pleads that he is not guilty, the Court, upon being satisfied that he duly admitted before the justices that he was guilty of the offence charged in the

[7] [1923] 2 K.B. 400, 17 Cr. App. R. 99.

consent à se faire représenter par lui et à le laisser parler en son nom advenant que, sur le conseil de l'avocat de service, il s'avoue coupable. Le dossier ne fait pas état de semblable enquête dans la présente affaire.

Selon moi, cela suffit en soi à faire avorter les procédures et à imposer l'annulation des condamnations et la tenue d'un nouveau procès. Même en supposant que l'accusé fût aussi pleinement représenté que s'il l'avait été par un avocat de son choix, je suis d'avis, sur la deuxième question posée plus haut, que dans les circonstances de la présente affaire les aveux de culpabilité n'auraient pas dû être inscrits. Il me convient de commencer ma revue des précédents avec l'énoncé bien connu qu'a fait le Juge Avory dans l'affaire *R. v. Forde*[7]. Nous sommes ici dans le domaine du droit jurisprudentiel seulement parce que le *Code criminel* canadien reste muet sur la procédure que doit suivre un juge de première instance avant d'accepter un aveu de culpabilité, ou au moment de l'accepter, ou après l'avoir accepté. Par contraste, la règle 11 des *Federal Rules of Criminal Procedure* aux États-Unis dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Un défendeur peut plaider non coupable, plaider coupable ou, avec le consentement de la cour, inscrire un plaidoyer de *nolo contendere*. La cour peut refuser un plaidoyer de culpabilité, et elle ne doit pas accepter semblable plaidoyer ou un plaidoyer de *nolo contendere* sans d'abord s'adresser au défendeur personnellement et s'assurer que le plaidoyer est fait volontairement avec compréhension de la nature de l'accusation et des conséquences du plaidoyer. Si un défendeur refuse de plaider ou si la cour refuse d'accepter un plaidoyer de culpabilité ou si un défendeur fait défaut de comparaître, la cour doit inscrire un plaidoyer de non-culpabilité. La cour ne doit pas inscrire de jugement après un plaidoyer de culpabilité à moins qu'elle soit convaincue que le plaidoyer est fondé sur des faits.

Et en Australie, l'art. 600 du *Code criminel* du Queensland, (il existe une disposition similaire en Australie occidentale) prévoit que:

[TRADUCTION] S'il plaide non coupable, la Cour, une fois qu'elle est convaincue qu'il a dûment reconnu devant les juges de paix qu'il était coupable

[7] [1923] 2 K.B. 400, 17 Cr. App. R. 99.

indictment, is to direct a plea of guilty to be entered, notwithstanding his plea of not guilty. A plea so entered has the same effect as if it had been actually pleaded.

If the Court is not so satisfied, or if, notwithstanding that the accused person pleads that he is guilty, it appears to the Court upon examination of the depositions of the witnesses that he has not in fact committed the offence charged in the indictment or any other offence of which he might have been convicted upon the indictment, the plea of not guilty is to be entered, and the trial is to proceed as in other cases when that plea is pleaded.

Under the foregoing respective provisions, the trial judge is put under a duty to inquire into the propriety of a guilty plea; the nature of the inquiry is, in the language of the respective provisions, different under each of them.

*R. v. Forde* involved an appeal against conviction on a plea of guilty to a charge of indecent assault of a girl under age sixteen in an indictment which also charged carnal knowledge of the same girl. The prosecution elected not to proceed further on the indictment, and the question on appeal was whether the conviction could stand if the accused had a complete defence in law and in fact to carnal knowledge. Addressing himself to the question whether the Court of Criminal Appeal could entertain the appeal in view of the plea of guilty, Avory J. stated two propositions (which are in fact three) as follows:

A plea of Guilty having been recorded, this Court can only entertain an appeal against conviction if it appears (1.) that the appellant did not appreciate the nature of the charge or did not intend to admit he was guilty of it, or (2.) that upon the admitted facts he could not in law have been convicted of the offence charged.

Under these propositions, an appellate Court should interfere to set aside a conviction made

de l'infraction dont fait état l'acte d'accusation, est tenue d'ordonner qu'un plaidoyer de culpabilité soit inscrit, nonobstant son plaidoyer de non-culpabilité. Un plaidoyer ainsi inscrit a le même effet que s'il avait été effectivement offert.

Si la Cour n'a pas cette conviction ou si, nonobstant que l'accusé avoue sa culpabilité, il semble à la Cour après examen des dépositions des témoins qu'il n'a pas en fait commis l'infraction dont il est fait état dans l'acte d'accusation, ni d'autre infraction dont il aurait pu être déclaré coupable sous l'acte d'accusation, un plaidoyer de non-culpabilité doit être inscrit, et le procès tenu comme dans les autres cas où ce plaidoyer-là est offert.

En vertu des dispositions respectives précitées, le juge de première instance est placé dans l'obligation d'enquêter sur le bien-fondé d'un aveu de culpabilité; la nature de l'enquête est, aux termes des dispositions respectives, différente pour chacune d'elles.

L'affaire *R. v. Forde* portait sur un appel d'une déclaration de culpabilité prononcée sur la base d'un plaidoyer de culpabilité relatif à une inculpation, dans un acte d'accusation inculpant aussi l'accusé de l'infraction d'avoir eu avec la même personne des rapports sexuels illicites, d'attentat à la pudeur sur la personne d'une jeune fille de moins de 16 ans. Le poursuivant avait choisi de ne pas procéder plus avant sur l'acte d'accusation, et la question posée en appel était de savoir si la déclaration de culpabilité pouvait être maintenue si l'accusé avait un moyen de défense complet en droit et en fait quant aux rapports sexuels. Abordant la question de savoir si la *Court of Criminal Appeal* pouvait connaître de l'appel vu l'aveu de culpabilité, M. le Juge Avory a énoncé deux propositions (qui en fait en sont trois) comme suit:

[TRADUCTION] Un aveu de culpabilité ayant été inscrit, cette Cour peut seulement connaître d'un appel de la déclaration de culpabilité s'il appert (1.) que l'appelant n'a pas compris la nature de l'accusation, ou n'avait pas l'intention d'avouer sa culpabilité à l'égard d'icelle, ou (2.) que d'après les faits reconnus, il n'aurait pu, en droit, être déclaré coupable de l'infraction dont il était accusé.

En vertu de ces propositions, une cour d'appel doit intervenir pour écarter une déclaration de

upon a plea of guilty if it be the case that (1) the accused did not understand the nature of the charge before pleading; or (2) the accused did not unequivocally plead guilty to the charge as properly understood; or (3) the accused, on the facts offered in support of the charge, could not in law have been convicted of the offence charged.

The first two propositions above-noted point to a duty of the trial judge prior to entering any plea to satisfy himself that the accused understands the nature of the charge or charges against him and is unequivocal in offering a plea of guilty to them. The third proposition involves a different aspect of the matter, relating as it does not to the nature of the charge or to the unmistakable character of the plea, but rather to the facts necessary to support a conviction; in short, it relates to the factual accuracy of the plea and not to its voluntariness and its appreciation. Moreoever, this third proposition depends on facts being put before the trial judge following the plea.

A plea of guilty carries an admission that the accused so pleading has committed the crime charged and a consent to a conviction being entered without any trial. The accused by such a plea relieves the Crown of the burden to prove guilt beyond a reasonable doubt, abandons his non-compellability as a witness and his right to remain silent and surrenders his right to offer full answer and defence to a charge. It is important, therefore, that the plea be made voluntarily and upon a full understanding of the nature of the charge and its consequences and that it be unequivocal. In these respects, representation by counsel is an important consideration; but since the plea is that of the accused and not of his counsel, a trial judge should still satisfy himself of the matters above-mentioned. These do not immediately engage any factual issues which might, however, arise if the accused seeks to qualify his guilty plea by explanatory

culpabilité prononcée à la suite d'un plaidoyer de culpabilité s'il arrive que (1) l'accusé n'a pas compris la nature de l'accusation avant de plaider; ou (2) l'accusé n'a pas, de façon non équivoque, plaidé coupable à l'accusation dont il comprenait bien la nature; ou (3) l'accusé, d'après les faits offerts à l'appui de l'accusation, ne peut en droit être reconnu coupable de l'infraction dont il est accusé.

Les deux premières propositions précitées font ressortir une obligation du juge de première instance de s'assurer avant qu'il n'inscrive un plaidoyer quelconque, que l'accusé comprend la nature de l'accusation ou des accusations portées contre lui et avoue sans équivoque sa culpabilité à leur égard. La troisième proposition a trait à un aspect différent de la question, puisqu'elle se rapporte non pas à la nature de l'accusation ou à la non-ambiguïté du plaidoyer, mais plutôt aux faits nécessaires pour étayer une déclaration de culpabilité; en bref, elle a trait à la justesse du plaidoyer quant aux faits et non à son caractère volontaire et à son appréciation. En outre, cette troisième proposition dépend de faits relatés devant le juge de première instance à la suite du plaidoyer.

Un plaidoyer de culpabilité comporte en soi l'aveu que l'accusé qui l'offre a commis le crime imputé, de même qu'un consentement à ce qu'une déclaration de culpabilité soit inscrite sans procès d'aucune sorte. L'accusé, par un tel plaidoyer, délie le ministère public de l'obligation de prouver la culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, abandonne son privilège de ne pouvoir être contraint à témoigner et son droit de rester muet, et renonce à son droit de faire une réponse et défense complète à l'encontre d'une accusation. Il est donc important que le plaidoyer soit fait volontairement et avec pleine compréhension de la nature de l'accusation et de ses conséquences et qu'il soit non équivoque. A ces égards, le fait d'être représenté par un avocat est une considération importante; mais puisque le plaidoyer est celui de l'accusé et non celui de son avocat, un juge de première instance doit encore s'assurer des choses précitées.

comments either at the time it is entered or later before termination of the proceedings.

The foregoing duty of the trial judge, more or less in the terms stated, was considered in a series of cases in the British Columbia Court of Appeal, culminating in *R. v. Milina*[8] which distinguished, properly in my view, between the duty as I have put it and the factual underpinning of the guilty plea. As to the latter, it was the view of the Court (in the words of Sidney Smith J.A. for the majority, at p. 381) that "when an accused person pleads guilty it is not the law that the magistrate must go into the facts in order to satisfy himself that the accused is in fact guilty". In short, the view taken in *Milina* is that although there is an affirmative duty of the trial judge to satisfy himself that the accused understands the nature of the charge and its consequences and is unequivocal in his plea of guilty, there is no such duty to be satisfied of the accuracy of the plea, that is of its factual support. Since, ordinarily, facts are presented by the Crown with respect to sentence and there may be a narration as well by the accused, the question arises whether the trial judge should at that stage be required to assess conflicting versions in order to decide whether there is a factual basis for the plea.

If the trial judge has such a duty, as expressed in *Milina*, to be satisfied of the accused's understanding and appreciation of a plea of guilty, how is it discharged? In *Milina* itself the Court said that "the cases will be rare indeed in which a magistrate will feel himself obliged to make any special inquiry when the accused, as here, is represented by counsel" (at p. 381 of 86 C.C.C.). I confess to some difficulty in understanding what is meant by "special inquiry", but I assume that the Court did not

[8] (1946), 86 C.C.C. 374.

Celles-ci ne mettent pas immédiatement en cause des questions de fait qui peuvent, cependant, se poser si l'accusé tente de nuancer son aveu de culpabilité par des commentaires explicatifs soit au moment où il fait l'aveu soit plus tard avant la fin des procédures.

Ce devoir-là du juge de première instance, plus ou moins dans les termes énoncés, a été étudié par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans une série de causes, qui a culminé dans l'arrêt *R. v. Milina*[8], lequel, correctement selon moi, a établi une distinction entre le devoir que j'ai exposé et l'obligation d'étayer de faits l'aveu de culpabilité. Quant à cette dernière, la Cour était d'avis (pour reprendre les termes de M. le Juge d'appel Sidney Smith parlant au nom de la majorité, à la p. 381) que [TRADUCTION] «lorsqu'un accusé s'avoue coupable, la loi n'exige pas que le magistrat scrute les faits afin de s'assurer que l'accusé est réellement coupable». En bref, le point de vue adopté dans l'arrêt *Milina* est que même si le juge de première instance a le devoir de s'assurer positivement que l'accusé comprend la nature de l'accusation et ses conséquences et avoue sa culpabilité de façon non équivoque, il n'y a pas de devoir semblable de s'assurer du bien-fondé du plaidoyer, c'est-à-dire de son fondement factuel. Puisque, ordinairement, les faits sont présentés par le ministère public sous le rapport de la sentence et que l'accusé peut les narrer lui aussi, la question se pose de savoir si le juge de première instance devrait à ce stade être tenu d'apprécier des versions contradictoires pour décider si le plaidoyer a un fondement factuel.

Si le juge de première instance a le devoir, comme il est dit dans l'arrêt *Milina*, de s'assurer que l'accusé comprend la nature et les conséquences d'un aveu de culpabilité, quelle est la façon de s'en acquitter? Dans l'arrêt *Milina* lui-même la Cour a dit que [TRADUCTION] «les cas seront fort rares où un magistrat se sentira obligé de faire une enquête spéciale lorsque l'accusé, comme c'est ici le cas, est représenté par un avocat» (à la p. 381 de 86 C.C.C.). J'avoue éprouver quelque difficulté à compren-

[8] (1946), 86 C.C.C. 374.

mean dispensation with any inquiry where the accused has counsel. Whatever the Court in *Milina* may have meant, this Court in *Brosseau v. The Queen*[9], appears to have said exactly that. In *Brosseau*, the question of law upon which leave to appeal was given was as follows:

> Did the trial judge err in law in accepting the appellant's plea of guilty to non-capital murder without making inquiry to satisfy himself that the appellant understood the nature of the charge and the effect of such a plea?

That was a case where the accused, a Cree Indian, was illiterate (he had a grade 2 education) and was described by his counsel as a "primitive". He had been charged with murder but at the opening of trial the indictment was amended to read "non-capital murder", and to this the accused pleaded guilty. In his appeal to the provincial appellate Court he alleged that he was told by his lawyer that if he did not plead guilty to the charge he would be sentenced to hang, that he was scared and pleaded guilty although he was drunk at the time of the offence and drunk when he gave a statement to the police.

This Court, with Spence J. dissenting, dealt with the question of law before it in these terms:

> Failure to make due inquiry may well be a ground on which the Court of Appeal will exercise its jurisdiction to allow the plea of guilty to be withdrawn if it is made to appear that the accused did not fully appreciate the nature of the charge or the effect of his plea or if the matter is left in doubt; but in my opinion, it cannot be said that where, as in the case at bar, an accused is represented by counsel and tenders a plea of guilty to non-capital murder, the trial Judge before accepting it is bound, as a matter of law, to interrogate the accused.

In his dissenting reasons, Spence J. adverted to what was said in *Milina* that an inquiry may be

[9] [1969] S.C.R. 181.

dre ce qu'on voulait dire par «enquête spéciale», mais je présume que la Cour n'entendait pas dire qu'il y a dispense de toute enquête lorsque l'accusé a un avocat. Quoi que la Cour ait pu vouloir dire dans l'arrêt *Milina*, c'est là exactement ce que cette Cour, dans l'affaire *Brosseau c. La Reine*[9], paraît avoir dit. Dans l'affaire *Brosseau*, la question de droit sur laquelle permission d'appeler a été accordée était la suivante:

> [TRADUCTION] Est-ce que le juge de première instance a commis une erreur de droit en acceptant le plaidoyer de culpabilité de meurtre non qualifié de l'appelant sans faire enquête pour s'assurer que l'appelant comprenait la nature de l'accusation et l'effet de pareil plaidoyer?

Dans cette affaire, l'accusé, un Indien Cri, était un illettré (il n'avait que deux années de scolarité) et son avocat l'avait décrit comme un «primitif». Il avait été accusé de meurtre mais à l'ouverture du procès l'acte d'accusation fut modifié de façon à alléguer un «meurtre non qualifié», et de cela l'accusé s'est avoué coupable. Dans son appel à la Cour d'appel provinciale, il a allégué que son avocat lui avait dit que s'il ne s'avouait pas coupable de cette accusation il serait condamné à être pendu, qu'il avait eu peur et qu'il s'était avoué coupable même s'il était ivre au moment du crime et au moment où il avait fait une déclaration à la police.

Cette Cour, M. le Juge Spence étant dissident, a traité en ces termes de la question de droit dont elle était saisie:

> [TRADUCTION] L'omission de faire l'enquête requise peut fort bien être un motif sur lequel la Cour d'appel s'appuiera pour exercer le pouvoir qu'elle possède de permettre le retrait du plaidoyer de culpabilité s'il appert que l'accusé n'a pas complètement compris la nature de l'accusation ou l'effet de son plaidoyer ou si la chose est laissée dans le doute; mais à mon avis, on ne peut pas dire que lorsque, comme dans le présent cas un accusé est représenté par un avocat et s'avoue coupable de meurtre non qualifié, le juge de première instance est tenu en droit de l'interroger avant d'accepter le plaidoyer.

Dans ses motifs de dissidence, M. le Juge Spence a cité ce qui avait été dit dans l'affaire

[9] [1969] R.C.S. 181.

proper where "the accused may be a foreigner, or illiterate, or the charge is one of unusual complexity or of an unusually grave nature"; and he concluded that in the case before him the trial judge could not rely merely on the fact that the accused was represented by counsel as making any inquiry unnecessary before recording the guilty plea.

If in the *Brosseau* case no inquiry at all was required because the accused was represented by counsel, I can think of no case in which an inquiry would be necessary when there is counsel, unless the inquiry is precipitated by some remonstrance by the accused at the time he pleads guilty or later in the proceedings, as, for example, when the Crown narrates facts relevant to sentence. If the sentence is mandatory, the narration becomes unnecessary although it was given in *Brosseau*; and if there is no narration, then, according to *Brosseau*, matters so grave as whether an accused understands the charge against him, and appreciates the consequences and voluntarily accepts them without trial, require no initiative of inquiry by the trial judge but are satisfied by the mere presence of counsel when the accused pleads guilty. This is a situation which, in its generality, I find unacceptable.

A trial judge cannot, of course, be faulted if he makes some inquiry, but it is conceivable that he may as a result wrongly conclude that a plea of guilty should be recorded. If he makes no inquiry at all, in reliance on the presence of counsel of whatever experience, *Brosseau* indicates that an appeal based on facts which might have moved the trial judge to refuse a plea of guilty, or at least to seek some assurance about the plea, will fail. What is left then, as a basis for contesting a plea of guilty by a represented accused, is any remonstrance by the accused or any obvious factual defect in the Crown's case in respect of the charge, revealed in the post-

*Milina*, selon quoi une enquête peut être souhaitable si [TRADUCTION] «l'accusé est peut-être un étranger, ou un illettré, ou si l'accusation est d'une complexité exceptionnelle ou d'une nature exceptionnellement grave»; et il a conclu que dans l'affaire dont il était saisi le juge de première instance ne pouvait pas s'appuyer simplement sur le fait que l'accusé était représenté par un avocat pour considérer toute enquête inutile avant l'inscription d'un aveu de culpabilité.

Si dans l'affaire *Brosseau* aucune enquête que ce soit n'était requise parce que l'accusé était représenté par un avocat, je ne puis imaginer aucun cas où une enquête serait nécessaire lorsqu'il y a un avocat, à moins que l'enquête ne soit précipitée par quelque protestation de l'accusé au moment où il s'avoue coupable ou plus tard au cours des procédures, comme, par exemple, lorsque l'avocat de la Couronne narre les faits pertinents quant à la sentence. Si la peine à imposer est obligatoire, la narration devient inutile bien qu'elle ait été faite dans l'affaire *Brosseau*; et s'il n'y a pas de narration, alors, suivant l'arrêt *Brosseau*, des questions aussi graves que celles de savoir si l'accusé comprend l'accusation portée contre lui, et se rend compte des conséquences et les accepte volontairement sans procès, n'obligent pas le juge de première instance à prendre l'initiative d'une enquête mais sont résolues par la simple présence d'un avocat lorsque l'accusé s'avoue coupable. C'est une situation que, dans sa généralité, j'estime inacceptable.

Un juge de première instance ne peut évidemment être considéré en défaut s'il fait une enquête quelconque, mais il est concevable qu'il puisse, comme conséquence de son enquête, erronément conclure qu'un aveu de culpabilité devrait être inscrit. S'il ne fait aucune enquête que ce soit, se fiant à la présence d'un avocat quelle que soit l'expérience de celui-ci, l'arrêt *Brosseau* indique qu'un appel fondé sur des faits qui auraient pu porter le juge de première instance à rejeter un aveu de culpabilité, ou tout au moins à chercher quelque assurance au sujet du plaidoyer, doit échouer. Ce qui reste alors, comme base de contestation d'un aveu de culpa-

plea or post-conviction proceedings before the trial judge. If a proper inquiry is made, any subsequent remonstrance would lose its force unless sufficiently weighty to require the trial judge to reconsider the recorded plea of guilty.

bilité par un accusé représenté par un avocat, c'est une protestation de la part de l'accusé ou quelque déficience factuelle évidente de la cause du ministère public relativement à l'accusation, se révélant après l'inscription du plaidoyer ou après la déclaration de culpabilité et au cours des procédures engagées devant le juge de première instance. Si une enquête appropriée est faite, toute protestation subséquente perd alors de sa force sauf si elle est suffisamment sérieuse pour exiger que le juge de première instance reconsidère l'aveu de culpabilité inscrit.

No doubt, a trial judge must have regard to the factual accuracy of a plea of guilty if facts to underpin it are offered. If those advanced by the Crown do not sustain the charge and conviction, then the plea of guilty must be struck out, and there is nothing in *Brosseau* that is at odds with this conclusion. I readily agree, moreover, that if the accused gives a version of the facts, after a narration by the Crown, which is different from that of the Crown, the trial judge would in effect be holding a trial after a plea of guilty if he was bound to assess the respective versions as to their credibility and weight. However, either the narration by the Crown or by the accused or by both may raise a question not only as to the factual accuracy of the plea but as well as to the propriety of the plea of guilty in terms of the accused's understanding and appreciation of it and its unequivocal character. This is not a point that was involved in *Brosseau*. Nor is it likely to arise very frequently if there is the prior inquiry, to which I have already referred, when the accused is arraigned.

Sans doute, un juge de première instance doit tenir compte du bien-fondé factuel d'un aveu de culpabilité si des faits pour l'étayer sont soumis. Si les faits avancés par le ministère public ne soutiennent pas l'accusation et la déclaration de culpabilité, alors l'aveu de culpabilité doit être rayé, et il n'y a rien dans l'arrêt *Brosseau* qui vienne en conflit avec cette conclusion. Je conviens volontiers en outre, que si après une narration des faits par le ministère public, l'accusé donne une version des faits qui diffère de celle du ministère public, le juge de première instance se trouve effectivement à tenir un procès après un aveu de culpabilité s'il est tenu d'évaluer les versions respectives quant à leur crédibilité et à leur valeur. Toutefois, la narration par le ministère public ou par l'accusé ou par les deux peut mettre en cause non seulement le bien-fondé factuel de l'aveu de culpabilité, mais aussi l'à-propos de l'aveu de culpabilité en regard de la façon dont l'accusé comprend et évalue cet aveu et en regard de l'exigence selon laquelle cet aveu doit être non équivoque. Ce point n'était pas en cause dans l'arrêt *Brosseau*. Il est peu probable, non plus, qu'il se pose très fréquemment, si on procède à l'enquête préalable dont j'ai déjà fait mention lorsque l'accusé est traduit devant le juge pour lecture de l'accusation.

The duty of the Court respecting an inquiry as to the "legality" (if I may make such a compendious reference) of the plea of guilty, must, it seems to me, be complemented by a duty of the Crown to adduce facts which, taken to be true,

Le devoir de la Cour en ce qui concerne une enquête sur la «légalité» (si je puis me permettre d'employer une appellation aussi succincte) de l'aveu de culpabilité, doit, me semble-t-il, s'accompagner d'une obligation du ministère public

support the charge and conviction in that aspect of the matter. It would, in my view, be unsatisfactory to leave to the discretion of the Crown whether or not to adduce facts supportive of the charge and conviction. The trial judge could undoubtedly call for them, but the issue at that stage ought not to involve him in anything more than being satisfied that what is alleged, taking it to be true, completes the elements of a conviction on a plea of guilty; and this would be so even where the facts could have no bearing on sentence because, in the particular case, it is mandatory.

de fournir des faits qui, présumés vrais, étayent l'accusation et la déclaration de culpabilité sous cet aspect de la question. À mon avis, il n'est pas satisfaisant de laisser à la discrétion du ministère public la question de fournir ou de ne pas fournir des faits qui peuvent étayer l'accusation et la déclaration de culpabilité. Le juge de première instance peut sans doute en demander, mais ce qui est à déterminer à ce stade ne doit l'engager à rien de plus qu'à s'assurer que ce qui est allégué, présumant que c'est vrai, complète les éléments d'une déclaration de culpabilité sur un plaidoyer de culpabilité; et il en est ainsi même si les faits ne peuvent avoir aucune portée sur l'imposition d'une peine pour le motif que, dans tel cas particulier, celle-ci est obligatoire.

In the present case, I am of the view that on the facts narrated by the Crown, if believed, there is sufficient doubt on the elements of the offence of break, enter and theft to warrant the striking of the plea. The offence requires proof that what was done was knowingly done without consent of the owner, and I hold that the Crown's narration does not carry that element. The situation is different with respect to the other offences that are involved in this appeal. As to them, if the success of the appeal depended on alleged shortcomings in the factual accuracy of the plea, they are not made out.

En l'instance, je suis d'avis que d'après les faits narrés par la Couronne, si on les croit, il y a un doute suffisant quant aux éléments de l'infraction de vol avec effraction pour justifier la radiation du plaidoyer. L'infraction exige la preuve que ce qui a été fait l'a été sciemment sans le consentement du propriétaire, et je conclus que la narration de la Couronne ne renferme pas cet élément. La situation est différente en ce qui a trait aux autres infractions visées par l'appel. Quant à elles, si le succès de l'appel dépend de prétendues déficiences factuelles dans le fondement du plaidoyer, ces déficiences n'ont pas été établies.

The overriding concern is, however, the failure of the trial judge to make any inquiry at all of the accused or his counsel as to whether he understood the charges, whether he appreciated the consequences of a plea of guilty to them and whether he was unequivocal in admitting guilt. On the footing that he was represented by retained counsel, the inquiry could be short. I see no denigration of the reputation of counsel if such an inquiry is made. The trial judge should have no difficulty in making the inquiry in a manner that does not give the impression that counsel is either being bypassed or that his qualification is challenged. The matter is one of the trial judge, who is called upon to enter a conviction without a trial, being certain that the

La question la plus importante est, toutefois, l'omission du juge de première instance de se renseigner de quelque façon que ce soit auprès de l'accusé ou de son avocat sur la question de savoir si l'accusé comprenait les accusations, s'il se rendait compte des conséquences d'un aveu de culpabilité à leur égard et s'il admettait sa culpabilité sans équivoque. En supposant qu'il fût représenté par un avocat dont il avait retenu les services, l'enquête pouvait être courte. Je ne vois aucune atteinte à la réputation d'un avocat si une telle enquête est faite. Le juge de première instance ne devrait pas avoir de difficulté à conduire l'enquête de façon à ne pas donner l'impression qu'il ne tient pas compte de la présence de l'avocat ou qu'il con-

accused is fully aware of what is involved in, and is content to stand by, his plea of guilty.

In *McCarthy v. United States*[10], the Supreme Court of the United States considered Rule 11 of the Federal Rules of Criminal Procedure, quoted above, in a nonconstitutional context (as contrasted with the later case of *Boykin v. Alabama*[11] and emphasized its provision that the accused must be addressed personally, although in that case he was represented by retained counsel. I do not see this as an invariable requirement under the procedure that I would envisage here, but it does indicate that the Rule is not regarded as demeaning counsel's position. I cannot conceive that any counsel recognizing the gravity to an accused of a plea of guilty, would be affronted simply because reassurance is sought by the trial judge.

There is data in the United States that shows that "guilty pleas and not trial serve as the major mechanism for disposition of criminal defendants": see *Note, The Trial Judge's Satisfaction as to Voluntariness and Understanding of Guilty Pleas,* [1970] Wash.U.L.Q. 289. We are short of such data here. Statistics Canada does not, or rather does not yet, keep statistics on the subject. Some attempts on a modest scale have been made in this country to provide data on guilty pleas. Professor M. L. Friedland in his book, *Detention Before Trial* (1965), includes a study of the work of the Toronto Magistrates' Courts (as they were then) for the six month period September 1, 1961 to the end of February, 1962 and this shows that 70 per cent of the cases involving indictable offences were disposed of on guilty pleas. Professor John Hogarth in a recent book, *Sentencing as a Human Process* (1971), includes a study of seven indictable offences reflected in 2396

[10] (1969), 394 U.S. 459.
[11] (1969), 395 U.S. 238.

teste sa compétence. Il s'agit pour le juge de première instance, qui est chargé de prononcer une déclaration de culpabilité sans procès, d'être bien certain que l'accusé est entièrement au courant de ce qu'entraîne son aveu de culpabilité et qu'il est tout à fait prêt à le maintenir.

Dans l'affaire *McCarthy v. United States*[10], la Cour suprême des États-Unis a examiné la Règle 11 des *Federal Rules of Criminal Procedure*, précitées, dans un contexte non constitutionnel (par opposition à l'affaire plus récente *Boykin v. Alabama*[11]) et elle a appuyé sur la disposition prévoyant qu'il faut que la Cour s'adresse à l'accusé personnellement, bien que dans cette affaire-là celui-ci fût représenté par un avocat dont il avait retenu les services. Je ne considère pas cela comme une exigence invariable en vertu de la procédure que j'envisage ici, mais cela indique que la Règle n'est pas considérée comme une atteinte au prestige de l'avocat. Je ne puis concevoir qu'un avocat reconnaissant la gravité pour un accusé d'un aveu de culpabilité s'offusque du simple fait que le juge de première instance cherche à se rassurer.

Il existe aux États-Unis des statistiques qui montrent que [TRADUCTION] «l'aveu de culpabilité, et non le procès, est le mécanisme le plus important pour régler le sort des défendeurs au criminel»: voir *Note, The Trial Judge's Satisfaction as to Voluntariness and Understanding of Guilty Pleas,* [1970] Wash.U.L.Q. 289. Nous manquons de données semblables ici. Statistiques Canada ne garde pas de statistiques sur le sujet, ou plutôt ne le fait pas encore. Des tentatives encore modestes ont été faites en notre pays pour fournir des renseignements sur les aveux de culpabilité. Le professeur M. L. Friedland dans son ouvrage, *Detention Before Trial* (1965), a inséré une étude sur le travail des cours de magistrat de Toronto (comme elles s'appelaient alors) pour la période de six mois s'étendant du 1er septembre 1961 à la fin de février 1962 et cette étude montre que 70 pour cent des affaires mettant en cause des actes criminels ont été réglées à la suite d'aveux de

[10] (1969), 394 U.S. 459.
[11] (1969), 395 U.S. 238.

cases, and in these nearly four out of five offenders pleaded guilty (see p. 270). These are very small samples, and I refer to them as the merest indicators of a situation which has been more fully documented in the United States. I note that in the *McCarthy* case, the Supreme Court of the United States stated that in 1968 eighty-six per cent of all convictions in federal district courts were the result of pleas of guilty or *nolo contendere:* see 394 U.S. 459, at p. 463, n. 7.

In my opinion, the reasons for having confirmation of the voluntariness, understanding and appreciation of consequences where guilty pleas are offered stand above any need of statistical support that such pleas are the means by which most charges of indictable offences are disposed of. In the present case, which is one where the trial judge made no inquiry at all and hence did not record the guilty pleas in the exercise of any discretion (indeed, there was even no indication of any discretion on whether there should be an inquiry), I would allow the appeal and direct a new trial on the charges which were the subjects of the appeal to this Court. I do not think that this is a case for the application of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code.*

*Appeal dismissed,* SPENCE *and* LASKIN J.J. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Edmund L. Schofield, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

culpabilité. Le professeur John Hogarth dans un ouvrage récent, *Sentencing as a Human Process* (1971), insère une étude de sept actes criminels reflétés dans 2,396 affaires, dans lesquelles quatre délinquants sur cinq se sont avoués coupables (Voir p. 270). Ce sont là de tout petits échantillons, et je m'y réfère comme à de simples indices d'une situation sur laquelle les États-Unis sont plus complètement documentés. Je relève que dans l'affaire *McCarthy*, la Cour suprême des États-Unis a déclaré qu'en 1968, 86 pour cent de toutes les condamnations dans les cours de district fédérales furent le résultat de plaidoyers de culpabilité ou de *nolo contendere*; voir 394 U.S. 459, à la p. 463, nº 7.

A mon avis, les raisons qui motivent, lorsque des plaidoyers de culpabilité sont offerts, la confirmation de leur caractère volontaire, et de la compréhension de leur nature et de leurs conséquences, se situent bien au-dessus d'un besoin quelconque d'établir par des statistiques que semblables plaidoyers sont le moyen par lequel se règlent la plupart des accusations imputant des actes criminels. En la présente cause, qui en est une où le juge de première instance n'a fait absolument aucune enquête et, partant, n'a pas inscrit les aveux de culpabilité dans l'exercice d'une discrétion quelconque (en fait, il n'y a même pas d'indication d'exercice de pouvoir discrétionnaire quelconque visant à décider s'il devait y avoir une enquête), je suis d'avis d'accueillir le pouvoi et d'ordonner un nouveau procès sur les accusations qui ont fait l'objet du pourvoi interjeté à cette Cour. Je ne crois pas qu'il s'agisse ici d'une affaire où l'art. 613, par. (1), al. *b*), sous-al. (iii) du *Code criminel* s'applique.

*Appel rejeté, les* Juges SPENCE *et* LASKIN *étaient dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Edmund L. Schofield, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le Procureur général de l'Ontario.*

**Elizabeth Townhouses Ltd.**

and

**Harold S. Sigurdson as Trustee in Bankruptcy of Elizabeth Townhouses Ltd.** *(Defendants) Appellants*;

and

**Dieleman Planer Company Ltd.** *(Plaintiff) Respondent.*

1974: May 16, 17; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Judson, Spence, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Mechanics' liens—Building project—Cessation of construction work—Bankruptcy of owner—Project subsequently sold and completed—Whether claim for lien by materialman filed within statutory time limit—Meaning of "abandonment"—Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, s. 23(2).*

The respondent materialman, between July 1, 1969, and September 30, 1970, supplied lumber to the appellant company for a townhouse project and claimed a balance owing of $81,340.23. Financial difficulties were experienced by the company as early as July 1970, and the evidence indicated that no work was done on the project after December 9th and that little had been done in the preceding months. On December 18, 1970, a creditor filed a petition in bankruptcy and a receiving order was made on December 31, 1970, and a trustee appointed. At that time most, but not all, of the townhouse units had been completed. The project was later sold and, as required by the terms of sale, construction was completed within the time limit set, March 15, 1971. A claim for lien by the materialman was filed on February 8, 1971.

The question raised was whether the claim for lien was filed within the statutory time limit, *i.e.*, "not later than thirty-one days after the improvement to which the material has been supplied has been completed or abandoned." The Courts below held that it was.

*Held*: The appeal should be dismissed.

**Elizabeth Townhouses Ltd.**

et

**Harold S. Sigurdson en tant que syndic de la faillite de Elizabeth Townhouses Ltd.** *(Défendeurs) Appelants*;

et

**Dieleman Planer Company Ltd.** *(Demanderesse) Intimée.*

1974: les 16 et 17 mai; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Privilèges de fournisseur—Projet de construction—Cessation des travaux de construction—Faillite du propriétaire—Projet subséquemment vendu et complété—Une réclamation de privilège par un fournisseur de matérieux a-t-elle été déposée dans le délai légal?—Sens de «abandon»—Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, art. 23(2).*

Du 1er juillet 1969 au 30 septembre 1970, l'intimée, le fournisseur de matériaux, a fourni du bois de construction à la compagnie appelante pour un projet de construction de maisons en bande et a réclamé un solde dû de $81,340.23. Dès juillet 1970, la compagnie traversait des difficultés financières et d'après la preuve aucun travail n'a été fait sur le projet après le 9 décembre et peu avait été accompli dans les mois précédents. Le 18 décembre 1970, un créancier a déposé une requête en faillite et une ordonnance de séquestre a été rendue le 31 décembre 1970 et un syndic nommé. A ce moment-là la plupart, mais non la totalité des unités des maisons en bande avaient été complétées. Le projet a été vendu plus tard et, conformément aux conditions du contrat de vente, la construction a été complétée en-dedans de la limite de temps fixée, soit le 15 mars 1971. Une réclamation de privilège par le fournisseur de matériaux a été déposée le 8 février 1971.

La question qui s'est posée est de savoir si la réclamation de privilège a été déposée dans le délai légal, c.-à-d., «pas plus tard que trente et un jours après achèvement ou abandon de l'amélioration à laquelle ont été fournis les matériaux.» Les tribunaux d'instance inférieure ont décidé qu'elle l'avait été.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être rejeté.

Cessation of work and abandonment are not necessarily co-existant. In order to constitute abandonment a cessation of work would have to be permanent in the sense that it was not intended to carry the project to completion. A change in ownership of the improvement does not in itself constitute an abandonment, nor does a mere cessation of work.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], dismissing an appeal from a judgment of Harvey Co.Ct.J. Appeal dismissed.

*R. C. Bray* and *R. G. Ward*, for the defendants, appellants.

*M. I. Catliff* and *L. W. Perry*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—The question here is whether a claim for lien by a materialman was filed within the statutory time limit. The British Columbia Courts, at trial and on appeal, have held that it was. The lien claimant is Dieleman Planer Company Ltd; the owner was Elizabeth Townhouses Ltd., now in bankruptcy.

The provision for filing a lien by a materialman is contained in s. 23(2) of the *Mechanics' Lien Act*, R.S.B.C. 1960, c. 238. It reads as follows:

23. (2) A claim of lien for materials supplied may be filed as in this Act provided at any time after the contract to supply the materials has been made, but not later than thirty-one days after the improvement to which the material has been supplied has been completed or abandoned, or the contract for the construction or making of the improvement otherwise determined . . . .

The previous legislation, R.S.B.C. 1948, c. 205, s. 20(1)(*b*), had required that the lien be filed in the case of a claim for materials "after the expiration of thirty-one days after the completion of the erection, building", etc.

[1] [1973] 5 W.W.R. 743, 38 D.L.R. (3d) 595, 18 C.B.R. (N.S.) 105.

La cessation du travail et l'abandon ne sont pas nécessairement coexistants. Pour constituer un abandon une cessation de travail doit être permanente en ce sens qu'on n'avait pas l'intention de mener le projet à achèvement. Un changement de propriétaire de l'amélioration ne constitue pas en soi un abandon, et une simple cessation de travail n'en est pas un non plus.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1] rejetant un appel d'un jugement du juge Harvey de la Cour de comté. Pourvoi rejeté.

*R. C. Bray* et *R. G. Ward*, pour les défendeurs, appelants.

*M. I. Catliff* et *L. W. Perry*, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—La question qui se pose est de savoir si une réclamation de privilège par un fournisseur de matériaux a été déposée dans le délai légal. Les tribunaux de Colombie-Britannique, en première instance et en appel, ont jugé qu'elle l'avait été. Le réclamant de privilège est Dieleman Planer Company Ltd; le propriétaire était Elizabeth Townhouses Ltd., maintenant en faillite.

La disposition prévoyant le dépôt d'un privilège par un fournisseur de matériaux se trouve au par. (2) de l'art. 23 du *Mechanics' Lien Act*, R.S.B.C. 1960, c. 238. Elle se lit comme suit:

23. (2) Une réclamation de privilège pour matériaux fournis peut être déposée comme prévu en la présente loi en tout temps après que le contrat de fourniture de matériaux a été fait, mais pas plus tard que trente et un jours après achèvement ou abandon de l'amélioration à laquelle ont été fournis les matériaux, ou autre terminaison du contrat relatif à la construction ou à l'exécution de l'amélioration . . . .

Le texte antérieur, R.S.B.C. 1948, c. 205, art. 20, par. (1), al. *b*), avait exigé que le privilège soit déposé, dans le cas de matériaux, [TRADUCTION] «après l'expiration des trente et un jours suivant l'achèvement de l'érection, du bâtiment,» etc.

[1] [1973] 5 W.W.R. 743, 38 D.L.R. (3d) 595, 18 C.B.R. (N.S.) 105.

The materialman, the plaintiff, Dieleman Planer Company Ltd., between July 1, 1969, and September 30, 1970, supplied lumber to the defendant company and claims a balance owing of $81,340.23. The claim for lien was filed in the Kitimat Registry Office on February 8, 1971, and in Prince Rupert Land Registry Office on February 10, 1971. By these dates most, but not all, of the units of the townhouse project had been completed.

It was apparent as early as July 1970 that Elizabeth Townhouses Ltd., was experiencing financial difficulties. The mortgagee was refusing to make further advances although the evidence indicates that the project could have been completed well within the amount of mortgage moneys still to be advanced. On December 18, 1970, a creditor filed a petition in bankruptcy and a receiving order was made on December 31, 1970, and a trustee appointed.

At the date of the receiving order, it is clear from the evidence and the findings of the two Courts that no work had been done since December 9th and that little had been done in the preceding months. But it is equally clear that the project was 92 per cent completed—75 units were rented, 10 units were ready for rental, and 22 units were incomplete. The cost of completion was estimated at $117,000 but there was a balance of $341,237.38 remaining to be advanced by the mortgagee, Central Mortgage and Housing Corporation.

Shortly after the trustee was appointed, the mortgagee imposed certain terms, one of which was that the project must be sold to a purchaser financially and technically satisfactory to it. A contract for purchase was made with a purchaser satisfactory to the mortgagee for the trustee's equity of $210,000, plus the unadvanced mortgage moneys. The terms of sale required the construction to be completed by March 15, 1971. The contract of sale was approved by the Court. The buildings were duly completed

Le fournisseur de matériaux, la demanderesse Dieleman Planer Company Ltd., entre le 1er juillet 1969 et le 30 septembre 1970 a fourni du bois de construction à la compagnie défenderesse et réclame un solde dû de $81,340.23. La réclamation de privilège a été déposée au bureau d'enregistrement de Kitimat le 8 février 1971, et au bureau d'enregistrement des titres de biens-fonds de Prince Rupert le 10 février 1971. Auxdites dates la plupart, mais non la totalité, des unités du projet de construction de maisons en bandes avaient été complétées.

Dès juillet 1970 il était apparent que Elizabeth Townhouses Ltd. traversait des difficultés financières. La créancière hypothécaire refusait de faire d'autres avances bien que la preuve indique que le projet aurait pu être complété largement par les avances hypothécaires qui restaient à faire. Le 18 décembre 1970, un créancier a déposé une requête en faillite et une ordonnance de séquestre a été rendue le 31 décembre 1970, et un syndic a été nommé.

A la date de l'ordonnance de séquestre, il est clair d'après la preuve et les conclusions des deux cours qu'aucun travail n'avait été fait depuis le 9 décembre et que peu avait été accompli dans les mois précédents. Mais il est également clair que le projet était complété à concurrence de 92 pour cent—75 unités étaient louées, 10 unités étaient prêtes pour location, et 22 unités étaient incomplètes. Le coût d'achèvement était évalué à $117,000 mais il y avait un solde de $341,237.38 qui restait à verser comme avance par la créancière hypothécaire, la Société centrale d'hypothèques et de logement.

Peu après la nomination du syndic, la créancière hypothécaire a imposé certaines conditions, dont l'une était que le projet devait être vendu à un acheteur qui sur le plan financier et technique avait son agrément. Un contrat d'achat pour la valeur nette de $210,000 du syndic, plus le montant des sommes hypothécaires non encore avancées, a été conclu avec un acheteur qui avait l'agrément de la créancière hypothécaire. Les conditions de la vente exigeaient que la construction soit complétée le 15

within the time limit set.

Both Courts have held that the decision must turn upon the interpretation of s. 23(2) of the Act. McFarlane J.A., in the Court of Appeal, had some difficulty with the concluding words "or the contract for the construction or making of the improvement otherwise determined." He stated that the appellants themselves had not raised this question either at trial or on appeal; that in any event, there was no such contract in this case, Elizabeth Townhouses being its own contractor; and finally, that the parties had proceeded on the basis that the time for filing the Dieleman claim was governed by the words

not later than thirty-one days after the improvement to which the material has been supplied has been completed or abandoned.

He therefore defined the problem as one of abandonment and agreed with the trial judge and the majority reasons delivered by Seaton J.A. on this point. These reasons are:

Central to the appellants' main argument is the position that the situation was absolutely hopeless for the appellant company, and it must be deemed to have abandoned. In my view that misses the question and one must look to the evidence, not to see whether they ought to have abandoned, but to see whether they did in fact abandon.

It is clear that work ceased, but in my view cessation of work and abandonment are not necessarily co-existent. In order to constitute abandonment a cessation of work would have to be permanent in the sense that it was not intended to carry the project to completion. Work on this project ceased before 10th December but the evidence is clear that it was intended that work be resumed when the financial problems had been overcome. It was likely that those problems would be overcome because the cost of completion was more than offset by the funds remaining to be advanced on the mortgage.

I agree with the learned trial Judge that it is difficult to determine the intention of the company and

mars 1971 au plus tard. Le contrat de vente a été approuvé par le tribunal. Les bâtiments ont été dûment complétés en-dedans de la limite de temps fixée.

Les deux cours ont statué que la décision doit reposer sur l'interprétation du par. (2) de l'art. 23 de la Loi. Le juge McFarlane, en Cour d'appel, a eu quelques difficultés avec les mots de la fin «ou autre terminaison du contrat relatif à la construction ou à l'exécution de l'amélioration.» Il a déclaré que les appelants eux-mêmes n'avaient pas soulevé cette question en première instance ou en appel; que de toute façon, il n'y avait aucun semblable contrat en l'espèce présente, Elizabeth Townhouses étant son propre entrepreneur; et finalement, que les parties étaient parties du principe que le délai de dépôt afférent à la réclamation Dieleman était régi par les termes

pas plus tard que trente et un jours après achèvement ou abandon de l'amélioration à laquelle ont été fournis les matériaux.

Il a donc défini la difficulté comme étant une question d'abandon et il a été d'accord avec le juge de première instance et les motifs majoritaires rédigés par le juge d'appel Seaton sur ce point. Ces motifs sont les suivants:

[TRADUCTION] Au centre de l'argument principal des appelants il y a la position selon laquelle la situation était absolument sans espoir pour la compagnie appelante, et celle-ci doit être réputée avoir abandonné le projet. A mon avis cela passe à côté de la question et l'on doit regarder la preuve, non pas pour voir s'il auraient dû abandonner, mais pour voir s'ils ont en fait abandonné.

Il est clair que les travaux avaient cessé, mais à mon avis la cessation du travail et l'abandon ne sont pas nécessairement coexistants. Pour constituer un abandon une cessation de travail doit être permanente en ce sens qu'on n'avait pas l'intention de mener le projet à achèvement. Les travaux sur ce projet ont cessé avant le 10 décembre mais la preuve est claire que l'on avait l'intention de recommencer les travaux lorsque les difficultés financières auraient été surmontées. Il était probable que ces difficultés seraient surmontées parce que le coût de l'achèvement était plus que compensé par les fonds qui restaient à être avancés sur l'hypothèque.

Je suis d'accord avec le juge de première instance qu'il est difficile de déterminer l'intention de la com-

that this difficulty is made more severe by the several roles played by the directors as creditors, part of the management committee and so forth. I think that he was wholly justified in concluding as he did:

> "Nowhere throughout the evidence can I discern any intention by anyone able to control the destiny of the project to abandon the improvement, nor was there in fact such an abandonment as I construe that word. It is true that there was a short cessation of work on construction of the uncompleted portion of the improvement but this, I think, is only one factor to consider and an insignificant one in comparison with the paper work and other efforts proceeding continuously to enable actual construction to continue. A change in ownership of the improvement does not in itself constitute an abandonment, nor does a mere cessation of work."

The findings of fact justified by the evidence defeat the appellants' contention that the respondent fails by reason of late filing.

I agree with these reasons. This branch of the appeal fails.

On the amount of the claim, the trial judge found in favour of the claimant for the full amount of $81,340.23. The majority in the Court of Appeal agreed with the trial judge. McFarlane J.A. would have reduced the amount by $17,185. My opinion is that no error has been shown in the majority reasons of the Court of Appeal and that this branch of the appeal also fails.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the defendants, appellants: Bouck, Edwards & Co., Vancouver.*

*Solicitor for the plaintiff, respondent: Laurence W. Perry, Smithers.*

pagnie et que cette difficulté est rendue plus sévère encore par les divers rôles joués par les administrateurs en tant que créanciers, membres du comité de gestion et ainsi de suite. Je crois qu'il était pleinement fondé à conclure comme il l'a fait:

> [TRADUCTION] «Nulle part dans la preuve puis-je discerner chez un de ceux qui étaient capables de contrôler la destinée du projet une intention quelconque d'abandonner l'amélioration, et il n'y a pas eu non plus de tel abandon de la manière que j'interprète ce terme. Il est vrai qu'il y a eu une courte cessation de travail quant à la construction de la partie non complétée de l'amélioration et cela, je pense, est seulement un facteur à considérer et un facteur insignifiant en comparaison du travail de bureau et des autres efforts continus visant à permettre la continuation de la construction comme telle. Un changement de propriétaire de l'amélioration ne constitue pas en soi un abandon, et une simple cessation de travail n'en est pas un non plus.»

Les conclusions de fait justifiées par la preuve infirment la prétention des appelants selon laquelle l'intimée ne peut avoir gain de cause du fait d'un dépôt tardif.

Je souscris à ces motifs. Cette branche de l'appel doit être rejetée.

Sur le montant de la réclamation, le juge de première instance a conclu en faveur de la réclamante pour le plein montant de $81,340.23. La majorité de la Cour d'appel a été d'accord avec le juge de première instance. Le juge d'appel McFarlane aurait réduit ce montant de $17,185. Mon avis est qu'aucune erreur n'a été démontrée dans les motifs de la majorité de la Cour d'appel et que cette branche de l'appel doit également être rejetée.

Je rejetterais l'appel avec dépens.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureurs des défendeurs, appelants: Bouck, Edwards & Co., Vancouver.*

*Procureur de la demanderesse, intimée: Laurence W. Perry, Smithers.*

**Bellechasse Hospital Corporation** *(Defendant) Appellant*;

and

**Lomer Pilotte** *(Plaintiff) Respondent*;

and

**I. L. Wilchesky, Gilles Paquin, Arthur Lefebvre, Claude Sergerie, Marcel Aumont, Jacques Vallée, Sydney Feldman and André Rioux** *Mis-en-cause*;

and

**Attorney General of the Province of Quebec** *(Intervenor) Mis-en-cause.*

1974: March 15; 1974: May 27.

Present: Judson, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Physicians and surgeons.—Suspension of privileges at hospital—Non-renewal of appointment—Order in Council No. 288 of January 31, 1969 adopted under the Hospitals Act, R.S.Q. 1964, c. 164—Applicability—Physician's right to reinstatement—Damages.*

Respondent joined appellant as a surgeon in 1962. His status as an active member of the medical staff in the Department of Surgery, with consulting privileges in that specialty, was renewed from year to year in accordance with the private regulations of the hospital, until July 31, 1969. As a consequence of problems which arose between the parties, appellant advised respondent that he was suspended from his privileges and activities at the hospital as of June 23, 1969, and in a second letter dated July 11, 1969, respondent was advised of the decision of the Board of Management not to renew his appointment as of July 31, 1969.

Respondent's action was dismissed in the Superior Court, but he was awarded damages of $55,498 by the Court of Appeal. Appellant seeks review of this decision, on the basis that between April 1, 1969, the effective date of Order in Council No. 288, adopted under the *Hospitals Act*, and July 31, 1969, the expiry date of the agreements concluded between the parties before the adoption of the Order in Council, the procedure followed should be that of the hospi-

**Corporation de l'Hôpital Bellechasse** *(Défenderesse) Appelante*;

et

**Lomer Pilotte** *(Demandeur) Intimé*;

et

**I. L. Wilchesky, Gilles Paquin, Arthur Lefebvre, Claude Sergerie, Marcel Aumont, Jacques Vallée, Sydney Feldman et André Rioux** *Mis-en-cause*;

**Le Procureur Général de la Province de Québec** *(Intervenant) Mis-en-cause.*

1974: le 15 mars; 1974: le 27 mai.

Présents: Les Juges Judson, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Médecin et chirurgien—Suspension de privilèges dans hôpital—Non-renouvellement de nomination—Arrêté-en-conseil nº 288 du 31 janvier 1969 adopté en vertu de la Loi des hôpitaux, S.R.Q. 1964, c. 164—Applicabilité—Droit du médecin la ré-intégration—Dommages.*

En 1962 l'intimé entra au service de l'appelante en qualité de chirurgien. Son statut, à titre de membre actif du personnel médical dans le Département de Chirurgie avec privilèges de consultation dans cette spécialité, fut renouvelé d'année en année, conformément aux règlements privés de l'hôpital, jusqu'au 31 juillet 1969. A la suite de difficultés survenues entre les parties, l'appelante informa l'intimé de la suspension de ses privilèges et activités à l'hôpital à compter du 23 juin 1969 et, dans une seconde lettre en date du 11 juillet 1969, l'informa de la décision du Conseil d'administration de ne pas renouveler sa nomination à compter du 31 juillet 1969.

Débouté de ses conclusions en Cour supérieure, l'intimé se vit accorder par la Cour d'appel des dommages de $55,498. L'appelante demande la révision de ce jugement pour le motif qu'entre le 1er avril 1969, date d'entrée en vigueur de l'arrêté-en-conseil nº 288 adopté aux termes de la *Loi des hôpitaux*, et le 31 juillet 1969, date de terminaison des conventions intervenues entre les parties avant l'adoption de l'arrêté-en-conseil, la procédure suivie devrait être celle

tal's internal regulations. In a cross-appeal respondent asks the Court to allow his conclusions in mandamus for his immediate reinstatement in view of the dismissal of these conclusions in the lower courts.

*Held*: The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

From April 1, 1969 onwards, relations between the parties were governed by the Order in Council, and the existing contracts were affected as soon as the regulation came into effect. The objective of the *Hospitals Act* and the Regulations being clearly to unify and standardize the organization, administration and operations of hospitals, after the date on which the Order in Council became effective it was necessary, from the standpoint of discipline as much as of renewal of status, for a single, uniform rule to apply, namely that prescribed by the Regulations. However neither the suspension nor the termination of relations between the parties was done in accordance with the provisions of the Regulations, as appellant believed at all times that it was governed by its own internal regulations. This breach by appellant automatically gives rise to a remedy, in this case an award of damages. The behaviour of respondent, his language and his threats after his suspension do not deprive him of this remedy.

Concerning respondent's conclusions in mandamus, requiring that respondent be reinstated in a situation where teamwork is a fundamental necessity for the patient's welfare might lead to conflicts and difficulties, and the patient would be the first to suffer.

*Seafarer's International Union v. Stern*, [1961] S.C.R. 682, distinguished; *General Medical Council v. Spackman*, [1943] A.C. 627; *Ste-Jeanne d'Arc Hospital v. Garneau*, [1961] S.C.R. 426; *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, [1962] A.C. 322, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal side, allowing damages but rejecting motions for mandamus, consequent upon an outright dismissal by the Superior Court. Cross-appeal for mandamus. Appeal dismissed with interest; cross-appeal dismissed; the whole with costs.

*F. Mercier, Q.C.* for the appellant.

*B. Lacombe*, for the respondent.

des règlements internes de l'hôpital. L'intimé réclame par appel incident que lui soient accordées ses conclusions en *mandamus* en vue de sa ré-intégration immédiate, lesquelles lui ont été refusées dans les cours inférieures.

*Arrêt*: L'appel et l'appel incident doivent être rejetés.

Depuis le 1er avril 1969 les relations entre les parties étaient régies par l'arrêté-en-conseil et les contrats en cours en étaient affectés dès l'entrée en vigueur du règlement. Le but visé par la *Loi des hôpitaux* et par les règlements étant clairement d'uniformiser et normaliser l'organisation des hôpitaux, leur administration et leurs opérations, il fallait, à compter de l'entrée en vigueur de l'arrêté-en-conseil, tant au point de vue disciplinaire qu'au point de vue renouvellement de statut, qu'une seule et même règle s'applique, savoir celle prescrite par les règlements. Or ni la suspension ni la terminaison des relations avec les parties ne furent prononcées en conformité des dispositions des règlements, l'appelante ayant toujours cru qu'elle était régie par ses propres règlements internes. Cette violation par l'appelante donne automatiquement naissance à un recours, en l'espèce une condamnation en dommages. La conduite de l'intimé, ses paroles et ses menaces après sa suspension, ne le privent pas de ce recours.

Quant aux conclusions en *mandamus*, la réinstallation de l'intimé dans un milieu où le travail d'équipe est une nécessité fondamentale pour le bien du patient tendrait à créer des conflits et des difficultés dont le patient serait le premier à souffrir.

Distinction faite avec l'arrêt: *Seafarer's International Union c. Stern*, [1961] R.C.S. 682. Arrêts mentionnées: *General Medical Council v. Spackman*, [1943] A.C. 627; *Hôpital Ste-Jeanne d'Arc c. Garneau*, [1961] R.C.S. 426; *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, [1962] A.C. 322.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec, accordant des dommages mais refusant des conclusions mandatoires, suite à un rejet total par la Cour supérieure. Appel incident pour obtention des conclusions mandatoires. Appel rejeté avec intérêts; appel incident rejeté, le tout avec dépens.

*F. Mercier, c.r.*, pour l'appelante.

*B. Lacombe*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Appellant seeks review of a majority decision of the Court of Appeal of Quebec awarding respondent damages of $55,498, but dismissing his conclusions in mandamus; at first instance all of respondent's conclusions were dismissed. In a cross-appeal respondent, for his part, asks the Court to allow his conclusions in mandamus as well as the award of damages.

Certain persons taking part in the administration of appellant hospital were impleaded in the proceedings in all courts; at the hearing appellant and respondent advised the Court that the conclusions relating to these persons are not part of the appeal. Similarly, the hospital and Dr. Pilotte have agreed not to submit to the Court the question of the constitutional merits of Order in Council No. 288, January 31, 1969, adopted under the *Hospitals Act*, a question which was raised by the intervention of the Attorney General of the province of Quebec.

The action results from the suspension as of June 23, 1969, of respondent's privileges in appellant hospital, and the decision of the Board of Management of that hospital not to renew respondent's appointment as a member of the medical staff of the hospital as of July 31, 1969. These proceedings raise the following two questions for the Court:

(1) Are the relations between appellant and respondent governed by Order in Council No. 288, or by the regulations of the hospital, a private profit-making corporation established in April 1960?

(2) If Order in Council No. 288 does apply to the case at bar, is respondent entitled, in addition to the damages awarded him by the Court of Appeal, to be immediately reinstated in accordance with his conclusion in *mandamus*?

Before considering these two questions, the circumstances preceding issuance of the writ should be briefly summarized. As the facts of

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ — L'appelante demande la révision d'un jugement majoritaire de la Cour d'appel du Québec accordant à l'intimé des dommages de $55,498, mais lui refusant ses conclusions en *mandamus*; en première instance, l'intimé s'était vu débouté de toutes ses conclusions. De son côté, l'intimé, par son appel incident, nous demande de lui accorder ses conclusions en *mandamus* en même temps que ses dommages.

Les procédures devant toutes les cours ont mis en cause quelques personnes participant à l'administration de l'hôpital-appelant; à l'audition, ce dernier et l'intimé nous ont informés que les conclusions quant à ces personnes ne font pas partie du présent appel. De la même façon, l'hôpital et le docteur Pilotte s'entendent pour ne pas nous soumettre la question du bien-fondé constitutionnel de l'arrêté-en-conseil n° 288 du 31 janvier 1969 adopté aux termes de la *Loi des hôpitaux*, question soulevée par l'intervention du Procureur général de la province de Québec.

L'action résulte de la suspension, à compter du 23 juin 1969, des privilèges de l'intimé dans l'hôpital-appelant et de la décision du Conseil d'administration de cet hôpital de ne pas renouveler la nomination de l'intimé comme membre du personnel médical de l'hôpital à compter du 31 juillet 1969. Ces procédures nous posent les deux questions suivantes:

1. Les relations entre l'appelante et l'intimé sont-elles régies par l'arrêté-en-conseil no 288 ou par les règlements de l'hôpital, corporation privée à but lucratif constituée en avril 1960?

2. Si l'arrêté-en-conseil no 288 trouve ici son application, l'intimé, en plus des dommages-intérêts que lui a reconnus la Cour d'appel, a-t-il droit à sa ré-intégration immédiate que réclame sa conclusion en *mandamus*?

Avant d'examiner ces deux questions, il faut rappeler brièvement les circonstances qui ont précédé l'émission du bref. M. le Juge Lajoie

the case have been exhaustively analysed in the Court of Appeal by Lajoie J.A., it is not necessary to review them in detail. It will suffice to recall the general outline.

Respondent, a Doctor of Medicine of Laval University, a fellow of the Royal College of Canada and a certified specialist in surgery of the College of Physicians and Surgeons of the province of Quebec, joined the Bellechasse Hospital as a surgeon when it was founded in 1962. Since that time he has been attached to this hospital exclusively, until the date of his suspension and the non-renewal of his appointment in June and July, 1969. At all material times the hospital was administered by Messrs. Nadler and Teitelbaum, the majority shareholders in the Corporation. Respondent's status was renewed from year to year in accordance with the private regulations of the hospital, and on August 1, 1968 appellant wrote a letter to respondent, the first paragraph of which reads as follows:

[TRANSLATION] At a recent meeting of the Board of Management approval was given to the renewal of your status as an "Active" member of the medical staff in the Department of Surgery, with consulting privileges in that specialty, for the period July 31, 1968 to July 31, 1969.

Problems arose between the parties, problems which need not be examined here, and on June 23, 1969 appellant wrote to respondent:

[TRANSLATION] Please be advised that as of June 23, 1969, you are suspended until further notice from all your privileges and activities at Bellechasse Hospital.

On July 11, 1969, pursuant to a decision by the Administration of appellant Corporation, respondent was advised in the following terms that his status was terminated:

Please take note that your services at the Bellechasse Hospital are no longer required, and your appointment will not be renewed at this hospital as of July 31st, 1969.

May I also remind you that you are not to enter or trespass the private property of the hospital as of this date.

ayant en Cour d'appel fait une analyse approfondie de la situation, il serait oiseux de la reprendre dans le détail. Qu'il suffise d'en rappeler les grandes lignes.

L'intimé, docteur en médecine de l'Université Laval, «fellow» du Collège Royal du Canada et spécialiste certifié en chirurgie du Collège des Médecins-Chirurgiens de la province de Québec, entra à l'Hôpital Bellechasse en qualité de chirurgien lors de sa fondation en 1962. Depuis lors, il fut exclusivement attaché à cet hôpital jusqu'à la date de sa suspension et du non-renouvellement de sa nomination en juin et juillet 1969. Cet hôpital, en tout temps utile, était administré par MM. Nadler et Teitelbaum, les actionnaires majoritaires de la Corporation. Le statut de l'intimé fut renouvelé d'année en année conformément aux règlements privés de l'hôpital et le 1er août 1968 l'appelante adressait à l'intimé une lettre dont le premier paragraphe se lit comme suit:

Lors d'une réunion du Conseil d'Administration tenue récemment, il a été approuvé que votre statut soit renouvelé à titre de membre 'Actif' du personnel médical dans le Département de Chirurgie avec privilèges de consultation dans cette spécialité, pour la période comprise entre le 31 juillet 1968 et le 31 juillet 1969.

Des difficultés étant survenues entre les parties, difficultés qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici, l'appelante, le 23 juin 1969, écrivait à l'intimé:

Veuillez noter qu'à compter du 23 juin 1969, vous êtes suspendu jusqu'à nouvel avis de tous vos privilèges et activités à l'Hôpital Bellechasse.

Le 11 juillet 1969, conformément à une décision des administrateurs de la Corporation appelante, l'intimé fut informé dans les termes suivants de la terminaison de son statut:

[TRADUCTION] Veuillez noter que vos services ne sont plus requis à l'hôpital Bellechasse et que votre nomination à cet hôpital ne sera pas renouvelée à compter du 31 juillet 1969.

Permettez-moi aussi de vous rappeler que l'accès de la propriété privée de cet hôpital vous est interdit à compter de cette date.

As representations and protests by respondent produced no result, proceedings were commenced in September 1969.

This very brief summary enables us to consider the first question, namely the application of Order in Council No. 288 to the case at bar. It was agreed in argument that if the Order in Council did govern relations between the parties, the procedure it provides was not followed, as appellant believed at all times that it was governed by its own internal regulations. The relevant sections of that Order in Council are Nos. 156-160 inclusive and Nos. 165-172. Their effect is clearly stated in the analysis of them by Lajoie J.A. of the Court of Appeal:

[TRANSLATION] In sum, renewal of each doctor's appointment is done annually, in December, by the Board of Management on the recommendation of the Executive Committee of the Medical Board. If it does not recommend the renewal of a doctor's privileges the Executive Committee must state its reasons and transmit them in writing to the doctor concerned. The latter may, within two weeks, be heard or represented before the Executive Committee or the Board of Management, which has the final say.

The procedure respecting discipline is set out in ss. 165-172 of the General Regulations. A doctor found guilty of an act derogatory to professional ethics, an infringement of hospital regulations or an act or omission deemed prejudicial to the interests of a patient or the hospital may have various penalties imposed on him by the Board of Management, including suspension or revocation, but only after the Board has received or solicited a recommendation by the Executive Committee. Immediate suspension may only be imposed in serious and urgent cases, and only by the medical director, the chairman of the Medical Board or the head of the service. The administrator has this power only in the event of absence or inaction by the persons above named.

The disciplinary machinery is brought into effect by a written complaint submitted to the chairman of the Medical Board, who refers it to the Executive Committee. The latter studies it and dismisses it or sets up a board of discipline which investigates, gives respondent an opportunity to be heard, and after study recommends the dismissal of the complaint or the application of one of the penalties provided by s. 165.

Les représentations et protestations de l'intimé n'ayant donné aucun résultat, les procédures furent mises en marche en septembre 1969.

Ce résumé très succinct nous permet d'examiner la première question, savoir l'application de l'arrêté-en-conseil nº 288 à la présente matière. Il est acquis au débat que si l'arrêté-en-conseil régissait les relations entre les parties, la procédure y énoncée n'a pas été suivie, l'appelante ayant toujours cru qu'elle était régie par ses propres règlements internes. Les articles pertinents de cet arrêté-en-conseil portent les numéros 156 à 160 inclusivement, ainsi que 165 à 172. L'analyse qu'en fait M. le Juge Lajoie en Cour d'appel en donne parfaitement le sens:

En résumé, le renouvellement de la nomination de chaque médecin est fait annuellement, en décembre, par le Conseil d'administration sur recommandation du Comité exécutif du Bureau médical. S'il ne recommande pas le renouvellement des privilèges d'un médecin, le Comité exécutif doit mentionner les motifs et en informer par écrit le médecin concerné. Celui-ci peut, dans un délai de deux semaines, se faire entendre ou représenter devant le Comité exécutif ou le Conseil d'administration qui se prononce en dernier ressort.

La procédure à suivre en matière disciplinaire est édictée par les articles 165 à 172 des règlements généraux. Un médecin reconnu coupable d'acte dérogatoire à l'éthique professionnelle, d'une violation des règlements de l'Hôpital ou d'une action ou omission jugée nuisible à l'intérêt du patient ou de l'Hôpital peut se voir imposer par le Conseil d'administration diverses sanctions dont la suspension ou la révocation, mais auparavant le Conseil doit avoir reçu ou sollicité la recommandation du Comité exécutif. La suspension immédiate ne peut être prononcée que dans les cas graves et urgents et alors par le directeur médical, le président du Bureau médical ou le chef de service. Le directeur général n'a ce pouvoir qu'en cas d'absence ou d'inaction des premiers.

Le mécanisme disciplinaire est mis en marche par une plainte écrite adressée au président du Bureau médical qui en saisit le Comité exécutif. Celui-ci l'étudie, la rejette ou constitue un Conseil de discipline qui fait enquête, doit permettre à l'intimé de se faire entendre, et après étude recommande le rejet de la plainte ou l'application de l'une des sanctions prévues à l'article 165.

The Order in Council provides that it will come into effect on April 1, 1969. At first sight, therefore, it would follow immediately that at the time of the problems between the parties their actions were governed by the Order. However, appellant vigorously maintains that such a conclusion is meaningless and impossible, since all appointments must be made on December 31 of each year, and moreover under the agreements entered into before the Order in Council was adopted relations between appellant and respondent terminated on July 31, 1969. In appellant's submission the lapse between those two dates should be covered by following the procedure of the hospital's by-laws, not of the Order in Council. The trial judge concluded that the relations between the parties after April 1, 1969 were governed by the Order in Council. That was also the view of the majority of the Court of Appeal, and in the opinion of Lajoie J.A., "existing contracts are affected as soon as the regulation comes into effect".

However, Owen J.A. expressed a different view of the matter:

I have come to the conclusion that the regulations contained in Order-in-Council 288 did not apply in any event in connection with the non-renewal of Dr. Pilotte's contract with the hospital which expired on the 31st July, 1969 and accordingly it is not necessary for me to consider whether Order-in-Council 288 applies to private hospitals, whether it is intra vires and whether its provisions were observed by the hospital.

He subsequently observed:

Broadly speaking these general regulations came into force on the 1st April, 1969. However the regulations with respect to renewal of appointments set out above, by their wording, could not come into force before the month of November 1969. They clearly dealt with the renewal of appointments expiring on the 31st December 1969.

And Owen J.A. concluded:

Accordingly subsequent to the 31st July, 1969 Dr. Pilotte had no claim against the hospital to have his appointment or contract renewed, or to be reappoint-

L'arrêté-en-conseil prévoit qu'il entrera en vigueur le 1er avril 1969. A première vue, il faudrait donc conclure immédiatement qu'à l'époque des difficultés entre les parties, la conduite de celles-ci était régie par l'arrêté. Toutefois, l'appelante soumet avec vigueur qu'il y a là un non-sens et une impossibilité puisque toutes les nominations doivent être faites le 31 décembre de chaque année et que, par ailleurs, les relations entre l'appelante et l'intimé, conformément aux conventions intervenues avant l'adoption de l'arrêté-en-conseil, prenaient fin le 31 juillet 1969. Au dire de l'appelante, le vide entre ces deux dates devait être comblé en suivant la procédure des règlements internes de l'hôpital et non pas celle de l'arrêté-en-conseil. Le juge de première instance en est venu à la conclusion que les relations entre les parties depuis le 1er avril 1969 étaient régies par l'arrêté-en-conseil. Ce fut aussi là l'opinion de la majorité de la Cour d'appel, M. le Juge Lajoie exprimant l'avis que «les contrats en cours en sont affectés dès l'entrée en vigueur du règlement».

Par ailleurs, M. le Juge Owen a exprimé sur le point un avis différent:

[TRADUCTION] J'en suis venu à la conclusion que les règlements contenus dans l'arrêté-en-conseil 288 ne s'appliquent pas, de toute façon, à l'égard du non-renouvellement du contrat qui liait le Dr Pilotte et l'hôpital et qui expirait le 31 juillet 1969, et par conséquent il ne m'est pas nécessaire d'examiner les questions de savoir si l'arrêté-en-conseil 288 régit les hôpitaux privés, s'il est *intra vires* et si ses dispositions ont été observées par l'hôpital.

Et plus loin:

[TRADUCTION] D'une façon générale ces règlements généraux sont entrés en vigueur le 1er avril 1969. Cependant les règlements ci-dessus reproduits relatifs au renouvellement de nominations, de par leur libellé, ne pouvaient pas entrer en vigueur avant le mois de novembre 1969. Il est clair qu'ils concernaient le renouvellement des nominations expirant le 31 décembre 1969.

Et M. le juge Owen conclut:

[TRADUCTION] Par conséquent, après le 31 juillet 1969, le Dr Pilotte n'avait aucun recours contre l'hôpital pour faire renouveler sa nomination ou son

ed or to be reinstated, or to claim damages from the hospital.

The opinion of Montgomery J.A., also dissenting in the Court of Appeal, was to the same effect:

I nevertheless agree with Mr. Justice Owen that there is nothing in the regulations that prevented the Hospital's administration from refusing to renew the Plaintiff's appointment when it expired on 31st July, 1969. Nothing in these regulations appears to have prolonged the duration of existing contracts with members of the medical staff until the end of that year. Was this an oversight or was it intended to give hospitals one last opportunity to rid themselves of unsatisfactory staff members?

Any doubt should, in my opinion, be interpreted in favour of the freedom of contract. Plaintiff accepted his appointment knowing that it was for one year only and might not be renewed. While the administration was not required to justify its refusal to reappoint him, in my opinion his threatening and abusive conduct after his suspension gives ample grounds for this refusal, as found by the trial judge.

Clearly, appellant wishes this Court to adopt the conclusions of Owen and Montgomery JJ. A. However, I cannot concur in those conclusions, as I feel the majority decision of the Court of Appeal is correct.

As Lajoie J.A. points out, the objective of the *Hospitals Act* and the Regulations is clearly to "unify and standardize organization, administration and operations of hospitals". That objective would not be attained if, after the Order in Council of April 1, 1969 came into effect, different dates were to apply to contractual relations between doctors and hospitals. On the contrary, after that date it was necessary, from the standpoint of discipline as much as of renewal of status, for a single, uniform rule to apply, namely that prescribed by the Regulations. Any other conclusion would necessarily result in recognizing the existence of variations which for an indefinite period would largely render inoperative the legislator's express deci-

contrat, ou pour être nommé à nouveau ou ré-installé dans ses fonctions, ou pour réclamer de l'hôpital des dommages-intérêts.

Au même effet l'opinion de M. le Juge Montgomery, lui aussi dissident en Cour d'appel:

[TRADUCTION] Je suis néanmoins d'accord avec M. le Juge Owen qu'il n'y a dans les règlements rien qui empêchait l'administration de l'hôpital de refuser de renouveler la nomination du demandeur à l'expiration de celle-ci le 31 juillet 1969. Rien dans ces règlements ne paraît avoir prolongé jusqu'à la fin de l'année la durée des contrats existants conclus avec les membres du personnel médical. Est-ce que ceci a été un oubli ou a-t-on voulu donner aux hôpitaux une dernière occasion de renvoyer les membres du personnel dont ils n'étaient pas satisfaits?

Tout doute doit, à mon avis, s'interpréter en faveur de la liberté contractuelle. Le demandeur a accepté sa nomination sachant que sa durée était d'un an seulement et qu'elle pourrait ne pas être renouvelée. Bien que l'administration ne fût pas obligée de justifier son refus de renouveler la nomination du demandeur, à mon avis la façon d'agir menaçante et injurieuse de ce dernier après sa suspension fournit un motif plus que suffisant pour ce refus, comme l'a conclu le juge de première instance.

Ce sont évidemment les conclusions de MM. les Juges Owen et Montgomery que l'appelante voudrait nous voir adopter. Toutefois, je ne puis m'y rallier étant convaincu que la décision majoritaire de la Cour d'appel est bien fondée.

Comme le dit M. le Juge Lajoie, le but visé par la *Loi des hôpitaux* et par les règlements est clairement de «uniformiser et normaliser l'organisation des hôpitaux, leur administration et leurs opérations». Ce but ne serait pas atteint si, à compter de l'entrée en vigueur de l'arrêté-en-conseil du 1er avril 1969, des dates différentes devaient s'appliquer aux relations contractuelles entre les médecins et les hôpitaux. Au contraire, à compter de cette date, il fallait, tant au point de vue disciplinaire qu'au point de vue renouvellement de statut, qu'une seule et même règle s'applique, savoir celle prescrite par les règlements. Toute autre conclusion nous amènerait nécessairement à reconnaître l'existence de variantes qui, pour un temps indéfini, rendraient

sion to standardize this whole area of health services. This necessarily leads to two conclusions:

(1) after April 1, 1969 all suspension proceedings had to be in accordance with the provisions of the Regulations;

(2) also after that date, all contracts between doctors and hospitals were to be automatically extended to December 31, 1969, thus enabling the appointment procedure prescribed by the Regulations to be carried out.

In the case at bar, as noted above, neither the suspension nor the termination of relations between the parties was done in accordance with the provisions of the Regulations. This breach automatically gives rise to a remedy. I am unable to accept the proposition put forward by the trial judge, that notwithstanding the breach by appellant of the provisions of the Hospital Regulations, plaintiff's conduct, "his language and threats", deprived him of the remedy he would ordinarily have enjoyed. Here again, I concur in the following paragraphs from the reasons for judgment of Lajoie J.A.

[TRANSLATION] With respect, I cannot agree with that reasoning. Once he had concluded that the suspension and dismissal was unlawful, and that the Act and the General Regulations had not been observed, the judge had no choice but to annul them. Otherwise, he would be substituting his own judgment for the judgment of those whom the law has made responsible for deciding these matters.

The fact that the ultimate decision would probably have been the same if it had been arrived at through the required procedure does not make the decision at issue valid or lawful, or call for the substitution of a judgment of the Court, which is not authorized by any legislative enactment.

It suffices to mention the leading cases on this point: *General Medical Council v.*

en partie inopérante la décision formelle du législateur de normaliser tout ce secteur de l'activité des services de santé. La conclusion nécessaire est donc double:

1. à compter du 1er avril 1969, toutes les procédures en suspension doivent être conformes aux prescriptions des règlements;

2. à compter de cette même date, tous les contrats entre médecins et hôpitaux doivent être prolongés automatiquement jusqu'au 31 décembre 1969, permettant ainsi la mise en application de la procédure de nomination prescrite par les règlements.

En l'espèce, tel que je l'ai déjà mentionné, ni la suspension ni la terminaison des relations avec les parties ne furent prononcées en conformité des dispositions des règlements. Cette violation donne automatiquement naissance à un recours. Il m'est impossible d'accepter la proposition mise de l'avant par le juge de première instance que nonobstant la violation par l'appelante des dispositions des règlements des hôpitaux, la conduite du demandeur, «ses paroles et ses menaces» le privent du recours qui lui appartiendrait normalement. Ici encore, je me rallie aux paragraphes suivants tirés des motifs de jugement de M. le Juge Lajoie:

Avec respect, je ne puis être d'accord avec ces motifs. Dès qu'il constatait l'illégalité de la suspension et de la destitution, le non respect de la loi et des règlements généraux, le Juge n'avait pas le choix, il devait les annuler. Autrement il substitue son propre jugement à celui de ceux que la loi a chargés de décider de ces questions.

Ce n'est pas parce que la décision finale eut vraisemblablement été la même si elle avait été prise avec les formalités requises que celle attaquée devient valide et légale ou qu'il y a lieu d'y substituer un jugement de la Cour à qui aucun texte ne donne le pouvoir de le faire.

Il suffit de rappeler les grandes décisions sur le point: *General Medical Council v. Spack-*

*Spackman*[1]; *Hôpital Ste-Jeanne d'Arc v. Garneau*[2], *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*[3].

In my view, therefore, this breach by appellant of the requirements of Order-in-Council 288 gives rise to at least an award of damages. This award was made by the Court of Appeal in the total sum of $55,498, and I see no reason to vary that decision.

The behaviour of respondent will be taken into consideration, as it must be, in connection with the second question before the Court, raised in this instance by the cross-appeal of respondent, concerning his entitlement to mandamus. I agree with him that in theory the injured party can obtain both reinstatement and damages in proceedings related thereto. In the case at bar, however, I do not think such a conclusion is justified. The views of Lajoie J. A. on the point are summarized in the following extract from his reasons:

[TRANSLATION] Appellant's motion is allegedly based on Arts. 844 *et seq* C.C.P., and contains conclusions which are those of a *mandamus*. The Hospital challenged his right to this remedy. In each of the four cases to which *mandamus* applies it is essential that the act which plaintiff seeks to compel an individual to perform by order of the Court shall not be purely private in nature; under para. 2 of Art. 844 it is not sufficient that a corporation neglects or refuses to "reinstate those who have been removed without lawful cause".

The fact remains, however, that a writ was issued and served with a motion, which is equivalent to a statement, and that there is before the Court an action the basis for which may lie in Art. 1065 C.C., and in which plaintiff is seeking performance of the obligation itself, the voiding of what was done contrary to that obligation and damages.

It is only necessary for the purposes of this action to decide as to the illegality and nullity of the Hospital's decisions to suspend Dr Pilotte and then revoke his privileges, and this is justified by the pleadings and the evidence. I would not go so far as to allow the conclusions in *mandamus*.

[1] [1943] A.C. 627.
[2] [1961] S.C.R. 426.
[3] [1962] A.C. 322.

*man*[1]; *Hôpital Ste-Jeanne d'Arc c. Garneau*[2]; *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*[3].

Je suis donc d'avis que cette violation par l'appelante des règles de l'arrêté-en-conseil 288 donne ouverture au moins à une condamnation en dommages. Ceux-ci ont été arbitrés par la Cour d'appel à la somme totale de $55,498 et je ne vois pas de raison d'intervenir.

Cette conduite de l'intimé, j'en tiendrai compte comme il se doit dans l'étude de la deuxième question qui nous est soumise, cette fois par le contre-appel de l'intimé, savoir son droit au *mandamus*. Je suis d'accord avec lui que, en principe, dans les matières qui y donnent ouverture, la partie lésée peut obtenir à la fois sa réinstallation et des dommages-intérêts. En l'espèce, toutefois, je ne crois pas que cette conclusion soit justifiée. Les vues de M. le Juge Lajoie sur le point sont résumées dans l'extrait suivant de ses notes:

La requête de l'appelant prétend s'autoriser des articles 844 seq. C.P.C. et contient des conclusions qui sont celles d'un mandamus. L'Hôpital lui a contesté le droit à ce recours. Dans chacun des quatre cas où il y a ouverture à mandamus il est en effet essentiel que l'acte que l'on veut forcer une personne d'accomplir par ordonnance du tribunal ne soit pas de nature purement privée; il ne suffit pas selon le 2e alinéa de l'article 844 qu'une corporation néglige ou refuse de 'rétablir dans leurs fonctions ceux qui en ont été destitués sans cause légale'.

Il reste cependant qu'un bref fut émis et signifié avec une requête qui équivaut à une déclaration et qu'il y a devant la Cour une action qui peut trouver son fondement dans l'article 1065 C.C. et dans laquelle le demandeur requiert l'exécution de l'obligation même, la nullité de ce qui a été fait en contravention de celle-ci et des dommages-intérêts.

Aux fins du litige il suffit de décider de l'illégalité et de la nullité des décisions de l'Hôpital de suspendre puis de révoquer les privilèges du docteur Pilotte, ce qui est justifié par les procédures et la preuve. Je n'irais pas jusqu'à accorder les conclusions mandatoires.

[1] [1943] A.C. 627.
[2] [1961] R.C.S. 426.
[3] [1962] A.C. 322.

Though sharing the view taken by the Court of Appeal, I would prefer not to base my conclusion on the fact that relations between the parties may have been "purely private in nature". That phrase may require analysis which in my view is not necessary in the circumstances.

In support of his cross-appeal the respondent in this Court relied mainly on our decision in *Seafarer's International Union v. Stern*[4]. It need only be observed that in the *Stern* case the Union's decision which the courts reversed had the effect of preventing respondent, for all practical purposes, from earning a living. It was therefore important for the courts to return to Stern the wherewithal to resume his activities in his proper field, while awarding him compensation equivalent to the damages already suffered.

The situation is quite different in the case at bar, as respondent clearly has the wherewithal to carry on his profession with some other institution. The damages awarded to him attempt so far as possible to approximate the position he would have occupied had there been no termination or suspension, and the position imposed on him by the decision of appellant.

It must be borne in mind that a hospital, even with all the precautions taken by the legislator to open its doors to the greatest possible number of doctors, allowing for all relevant factors such as professional skill, is still a place where teamwork is a fundamental necessity for the patient's welfare, and that welfare is really the decisive consideration, which must not be lost sight of. Requiring that respondent be reinstated in a situation of that nature might lead to conflicts and difficulties, and the patient would be the first to suffer.

Again, the situation in *Stern* was quite different. It was observed earlier that respondent had been deprived of his customary method of earning a living. Furthermore, his field of operation was geographically much wider and his rein-

[4] [1961] S.C.R. 682.

Tout en partageant l'opinion à laquelle en est arrivée la Cour d'appel, je préférerais ne pas faire reposer ma conclusion sur le fait que les relations entre les parties seraient «de nature purement privée». Cette expression peut exiger une analyse qu'il ne me semble pas nécessaire de faire en l'espèce.

L'intimé devant nous au soutien de son contre-appel s'est principalement appuyé sur l'arrêt de notre Cour dans *Seafarer's International Union c. Stern*[4]. Qu'il suffise de rappeler que dans l'affaire *Stern*, la décision du Syndicat cassée par les tribunaux avait pour effet d'empêcher, à toutes fins pratiques, l'intimé de gagner sa vie. Il importait donc que les tribunaux redonnent à Stern les moyens de reprendre ses activités dans le domaine qui était le sien, tout en lui accordant une indemnité équivalente aux dommages déjà subis.

En l'espèce, la situation est fort différente, l'intimé ayant certes les moyens d'exercer sa profession dans un autre cadre. Les dommages-intérêts qui lui sont accordés lui permettent de retrouver une équivalence aussi exacte que possible entre la situation où il se serait trouvé s'il n'y avait pas eu terminaison ou suspension et celle qui lui a été imposée par la décision de l'appelante.

Il faut se souvenir qu'un hôpital, même avec toutes les précautions prises par le législateur pour en ouvrir les portes au plus grand nombre de médecins possible, compte tenu de tous les facteurs pertinents dont la compétence, reste un endroit où le travail d'équipe est une nécessité fondamentale pour le bien du patient, ce bien étant vraiment le critère majeur qu'il importe de ne pas perdre de vue. Imposer la réinstallation de l'intimé dans un milieu de cette nature, tendrait à créer des conflits et des difficultés dont le patient serait le premier à souffrir.

Encore une fois, la situation dans *Stern* était bien différente. J'ai déjà souligné que l'intimé se voyait priver de sa façon habituelle de gagner sa vie. En plus, son champ d'activité était géographiquement beaucoup plus large et sa réinstalla-

[4] [1961] R.C.S. 682.

statement could not have led to the difficulties which, in all probability, would result from a reinstatement order in the case at bar.

Taking all the circumstances into consideration, and bearing in mind the discretion which the courts must exercise in such cases, I do not consider that the reinstatement of respondent would be an appropriate remedy here.

For all these reasons, I would affirm the judgment of the Court of Appeal, ordering appellant to pay respondent the sum of $55,498 with interest since the date of service, and I would dismiss the cross-appeal, the whole with costs.

*Appeal dismissed with interest; cross-appeal dismissed; the whole with costs.*

*Solicitors for the defendant, appellant: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montreal.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, Phelan & MacKell, Montreal.*

tion ne pouvait pas créer les difficultés qui, en toute probabilité, seraient ici la conséquence d'une ordonnance de réinstallation.

Compte tenu de toutes les circonstances, vu la discrétion que les tribunaux se doivent d'exercer en pareille matière, je ne crois pas qu'en l'espèce la réinstallation de l'intimé soit un remède approprié.

Pour toutes ces raisons, je confirmerais le jugement de la Cour d'appel condamnant l'appelante à payer à l'intimé la somme de $55,498 avec intérêts depuis l'assignation et je rejetterais le contre-appel, le tout avec dépens.

*Appel rejeté avec intérêts; appel incident rejeté; le tout avec dépens.*

*Procureurs de la défenderesse, appelante: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal.*

*Procureurs du demandeur, intimé: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, Phelan & MacKell, Montréal.*

**Calgary Power Ltd.** *Appellant*;

and

**City of Camrose** *Respondent.*

1974: March 28, 29; 1974: October 1.

Present: Martland, Ritchie, Spence, Dickson and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

*Public utilities—Water system in municipality owned by company—Application to Public Utilities Board to determine price—Valuation formula—Factors considered—The Municipal Government Act, R.S.A. 1970, c. 246, s. 272.*

The appellant company owned and operated a water system in the City of Camrose since 1929 under various franchise agreements with the respondent city. The latest of these agreements, which was dated June 3, 1958, and ran for a term of 10 years, was not renewed. Before deciding whether or not to exercise its right to purchase the system, the city sought, as was also its right, to have the price fixed by the Public Utilities Board, the parties being unable to agree upon certain elements relating thereto. In determining the price to be paid, the Board applied the approved "reconstruction cost new" formula, a concept under which the assumption is taken that the present existing installation is instantaneously wiped out and at the date of the valuation a contractor is ready and able to rebuild a system identical in size, quality and performance to the one wiped out.

An appeal to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta from the Board's decision raised the following issues: (a) whether the Board was right in allowing an item of $300,000 for the cost of cutting and replacing pavement in the areas affected, even though the evidence before the Board was that the pavement for which allowance was made did not exist historically at the time the various segments of the system were originally installed. The company had claimed an additional $194,584 in respect of this item; (b) whether the Board was correct in declining to deduct from the valuation of the system the amount of "customer contributions" (which arose where there was a "customer" available and willing to take service and the cost of installing that service

**Calgary Power Ltd.** *Appelante*;

et

**La Ville de Camrose** *Intimée.*

1974: les 28 et 29 mars; 1974: le 1er octobre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Spence, Dickson et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

*Services publics—Système d'aqueduc de la municipalité, propriété de la compagnie—Demande à la Commission des services publics de fixer le prix—Formule d'évaluation—Éléments à considérer—The Municipal Government Act, R.S.A. 1970, c. 246, art. 272.*

La compagnie appelante est propriétaire, depuis 1929, d'un système d'aqueduc qu'elle exploite depuis cette date en vertu de divers contrats de concession avec la ville intimée. Le dernier de ces contrats, en date du 3 juin 1958, était pour une période de 10 ans et n'a pas été renouvelé. Avant de décider d'exercer ou non son droit de racheter le système, la ville a demandé, comme cela était aussi son droit, à la Commission des services publics de fixer le prix, les parties étant incapables de se mettre d'accord sur certains éléments relatifs à celui-ci. En déterminant le prix à payer, la Commission a appliqué la formule reconnue de «coût de remplacement en neuf», un concept en vertu duquel on présuppose que les installations existantes disparaissent instantanément et qu'à la date de l'évaluation un entrepreneur est prêt à reconstruire, et capable de reconstruire, un système identique à celui qui existait, du point de vue de la grandeur, de la qualité et du rendement.

Un appel à la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta à l'encontre de la décision du conseil a soulevé les questions suivantes: (a) est-ce que la Commission a eu raison d'accorder la somme de $300,000 pour ce qu'il en coûterait pour briser et refaire le pavage dans les endroits touchés, même si, selon la preuve présentée à la Commission, le pavage dont on tenait compte n'existait pas historiquement à l'époque où les différentes parties du réseau d'aqueduc ont été originairement installées. La compagnie avait réclamé un montant additionnel de $194,584 sous ce chef; (b) est-ce que la Commission a eu raison de refuser de déduire de l'évaluation du système d'aqueduc le montant des «contributions des clients» (dans les cas où il y a un «client» qui désire

exceeded $150 per customer) and "construction advances" (which arose in circumstances where there was no existing customer asking for service; for example, where a land developer wished to build a subdivision and to sell the houses later); (c) whether the Board was correct in refusing to make an allowance, in the valuation of the system, for preliminary organization expense, the cost of attaching customers and the cost of setting up books and records.

As to (a), the Court, by a majority of 2 to 1, rejected the city's appeal. The company's cross-appeal was rejected unanimously. As to (b), the Court, by a majority of 2 to 1, allowed the city's appeal and referred the matter back to the Board for reconsideration. As to (c), the Court, by a majority of 2 to 1, allowed the company's cross-appeal and referred the matter back to the Board for reconsideration.

The company appealed to this Court against the dismissal of its cross-appeal, under (a), and against the allowance of the city's appeal under (b). The city cross-appealed from the dismissal of its appeal under (a) and from the allowance of the company's cross-appeal under (c).

*Held:* The decision of the Public Utilities Board should be restored. The appeal and the cross-appeal, to the extent that they seek the restoration of that decision, should be allowed. The other items in the appeal and in the cross-appeal should be dismissed.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division[1].

*J. H. Laycraft, Q.C.*, for the appellant.

*A. O. Ackroyd, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This is an appeal and cross-appeal from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta which dealt with an appeal and cross-appeal from some portions of the decisions of the Public Utilities Board of Alberta, hereinafter referred to as, "the Board".

The appellant,hereinafter referred to as "the Company", has owned and operated a water

[1] [1973] 1 W.W.R. 126, 33 D.L.R. (3d) 66.

des services et où le coût d'installation dépasse $150 par client) et «les avances de construction» (dans les cas où il n'y a pas de client requérant le service; par exemple, lorsqu'un promoteur immobilier désire lotir un terrain et construire des maisons qu'il vendra plus tard); (c) est-ce que la Commission a eu raison de refuser d'accorder une indemnité pour les frais préliminaires d'organisation, les frais de sollicitation de clientèle et le coût d'établissement des livres et dossiers.

À l'égard de l'alinéa (a), la Cour, par une majorité de 2 contre 1, a rejeté l'appel de la ville. L'appel incident de la compagnie a été rejeté à l'unanimité. À l'égard de l'al. (b) la Cour, par une majorité de 2 contre 1, a accueilli l'appel de la ville et renvoyé l'affaire à la Commission pour réexamen. À l'égard de l'alinéa (c), la Cour, par une majorité de 2 contre 1, a acceuilli l'appel incident de la compagnie et a renvoyé l'affaire à la Commission pour réexamen.

La compagnie en a appelé à cette Cour contre le rejet de son appel incident sous l'al. (a), et à l'encontre de l'accueil de l'appel de la ville sous l'al. (b). La ville a interjeté un appel incident à l'encontre du rejet de son appel sous l'al. (a) et à l'encontre de l'accueil de l'appel incident de la compagnie sous l'al. (c).

*Arrêt*: La décision de la Commission des services publics doit être rétablie. L'appel et l'appel incident, dans la mesure où ils demandent le rétablissement de cette décision, doivent être accueillis. Les autres conclusions de l'appel et de l'appel incident doivent être rejetées.

APPEL et APPEL INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta.[1]

*J. H. Laycraft, c.r.*, pour l'appelante.

*A. O. Ackroyd, c.r.*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Il s'agit d'un appel et d'un appel incident à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta qui traitait d'un appel et d'un appel incident de certaines parties des décisions rendues par la Commission des services publics de l'Alberta, ci-après appelé «la Commission».

L'appelante, ci-après appelée «la Compagnie», est propriétaire, depuis 1929, d'un sys-

[1] [1973] 1 W.W.R. 126, 33 D.L.R. (3d) 66.

system in the City of Camrose since 1929 under various franchise agreements with the respondent City, hereinafter referred to as "the City". The latest of these agreements is dated June 3, 1958, and ran for a term of 10 years. Clause 29 of the franchise agreement provides that the agreement is to be read subject to s. 410 of *The City Act*, R.S.A. 1955, c. 42 (since replaced by *The Municipal Government Act*, R.S.A. 1970, c. 246, s. 272). Section 272 of *The Municipal Government Act* provides that upon expiration of the term of the franchise agreement the City should have the right to purchase "all the rights of the contractor in all matters and things under the contract and in all apparatus and property used for the purposes thereof . . ." The provision also stipulates that if the parties are unable to agree upon the price and terms of the purchase then the purchase is to be made "for such price and on such terms as may be fixed and settled by the Public Utilities Board . . ."

The franchise agreement was not renewed and the City sought to have the price of the system fixed by the Board, the parties being unable to agree upon certain elements relating to the price.

The Board handed down a decision setting the price at $1,250,000 subject to such deductions as to "customer contributions" and "construction advances" as might be found to be applicable at the time the City actually applied for approval to purchase the system from the Company.

The parties then agreed that it would be desirable if a final definitive purchase price were established prior to the City deciding whether or not it desired to purchase the system, and accordingly the Board reconvened to hear further evidence on the question of the deductions above mentioned. The Board then issued a further decision dealing with this issue.

The franchise agreement provides that the Company is obligated "to furnish to the City and its inhabitants, in accordance with the terms

tème d'aqueduc qu'elle exploite depuis cette date en vertu de divers contrats de concession avec la Ville intimée, ci-après appelée «la Ville». Le dernier de ces contrats est en date du 3 juin 1958 et était pour une période de 10 ans. La clause 29 du contrat de concession prévoit que le contrat doit s'interpréter compte tenu de l'art. 410 de *The City Act*, R.S.A. 1955, c. 42, (abrogé depuis et remplacé par *The Municipal Government Act*, R.S.A. 1970, c. 246, art. 272). L'article 272 de *The Municipal Government Act* prévoit qu'à l'expiration de la durée du contrat de concession la Ville doit avoir le droit d'acheter [TRADUCTION] «tous les droits de l'entrepreneur dans toutes matières faisant l'objet du contrat et dans tout équipement et tous biens utilisés aux fins dudit contrat . . . .» La disposition stipule que si les parties sont incapables de s'entendre sur le prix et les conditions d'achat, alors l'achat s'effectue [TRADUCTION] «moyennant le prix que pourra fixer la Commission des services publics et aux conditions qu'elle pourra déterminer. . . .»

Le contrat de concession n'a pas été renouvelé et la Ville a demandé à la Commission de fixer le prix du système d'aqueduc, les parties étant incapables de se mettre d'accord sur certains éléments concernant le prix.

La Commission a rendu une décision établissant le prix à $1,250,000, sauf à déduire les «contributions de clients» et «avances de construction» qui seraient applicables à l'époque où la Ville demanderait formellement l'approbation d'acheter le système de la Compagnie.

Les parties ont ensuite convenu qu'il serait désirable qu'un prix d'achat définitif soit établi avant que la Ville ne décide si oui ou non elle se porterait acquéreur du système, et par conséquent la Commission s'est réunie de nouveau afin d'entendre une preuve additionnelle sur la question des déductions mentionnées ci-dessus.

Le contrat de concession prévoit que la compagnie est obligée [TRADUCTION] «de fournir à la Ville et à sa population, conformément aux

of the Agreement, a supply of safe and wholesome water sufficient for the use of the City and all of the inhabitants thereof for domestic, business and public purposes within the City." The Company is only required to extend its distribution system if:

> (a) a customer or customers has agreed to install a water service from the property line to the customer's premises and to take and pay for a supply of water for three years or more; and
>
> (b) the length of the extension does not exceed 140 feet per customer; and
>
> (c) a customer or customers has paid the construction costs in excess of $150 per customer on the basis of 4" diameter pipe . . .

"Construction advances" arise in circumstances where there is no existing customer asking for service; for example, where a land developer wishes to build a subdivision and to sell the houses later. There are thus no "customers" wishing service and the Company has no obligation to invest in the service facilities. In such circumstances the Company has contracted with developers on terms that the developer advances all construction costs. The Company then makes refunds to the developer as the houses are sold.

"Customer contributions" arise where there is a "customer" available and willing to take service and the cost of installing that service exceeds $150 per customer. In return for receiving services at the standard rates offered by the Company the customer makes a payment of a sum of money to the Company which is used to meet that part of the cost of the service facilities that lay outside economic bounds. Title to the facilities, part of the cost of which has been provided by the customer, vests in the Company. If more customers are subsequently attached to the original extension, part, or perhaps ultimately all, of the customer contributions in relation to the extension will be refunded.

conditions du contrat, un approvisionnement en eau suffisant pour subvenir aux fins domestiques, commerciales et publiques de la ville et de sa population, dans les limites de ladite ville.» La Compagnie n'est obligée de prolonger son système de distribution que si:

> [TRADUCTION]a) le raccordement du service actuel jusqu'aux locaux d'un client ou de clients est à la charge de ce ou ces clients, qui acceptent de payer pour l'approvisionnement en eau durant une période de trois ans ou plus; et
>
> b) la longueur du prolongement ne dépasse pas 140 pieds par client; et
>
> c) la partie du coût de construction qui dépasse le chiffre de $150 par client, calculé sur la base de tuyaux de 4 po de diamètre, a été payée par le ou les clients . . . .

Il y a lieu à des «avances de construction» lorsqu'il n'y a pas de client requérant le service; par exemple, lorsqu'un promoteur immobilier désire lotir un terrain et y construire des maisons qu'il vendra plus tard. Il n'y a pas alors de «clients» désirant le service et la Compagnie n'a pas d'obligation d'engager des fonds pour prolonger son réseau. En de telles circonstances, la Compagnie a conclu des ententes avec les promoteurs en vertu desquelles le promoteur avance tous les coûts de construction. La Compagnie par la suite rembourse le promoteur à mesure que les maisons sont vendues.

Il y a lieu à des «contributions de clients» lorsqu'il y a un «client» disponible et désirant le service et que le coût d'installation pour fournir le service dépasse $150 par client. Pour être alimenté en eau aux taux réguliers offerts par la Compagnie, le client paie en retour à la Compagnie une somme d'argent qui est utilisée pour défrayer cette partie du coût des installations excédant ce qui est économiquement rentable. Les installations, dont une partie du coût a été payée par le client, deviennent la propriété de la Compagnie. Si subséquemment d'autres clients sont rattachés au prolongement original, une partie, ou peut-être en fin de compte la totalité, des contributions payés par le client pour le prolongement sera remboursée.

As of December 31, 1968, the Company held refundable "construction advances" of $23,732.25. It also held non-refundable "construction advances" of $36,112.14. As of the same date the Company held "customer contributions" of $35,793.92.

The Board stated the principles to be followed in determining the price to be paid by the City to the Company in the following passage in its decision:

The principles to be followed in determining the price which the City must pay if it wishes to purchase "all the rights of C.P. in all matters and things under the contract and in all apparatus and property used for the purposes thereof" were established by the Board in re City of Grande Prairie v. Northland Utilities Limited Decision No. 27014 (affirmed on appeal to the Appellate Division, Supreme Court of Alberta, (1966) 56 W.W.R. 613). In that decision the Board referred to the following authorities:

Town of Berlin v. Berlin and Waterloo Street Railway Company

(1909) 42 S.C.R. 581.

West Canadian Hydro Electric Corporation Limited

(1950) 3 D.L.R. 321.

Edinburgh Street Tramway Company v. The Lord Provost of Edinburgh

(1894) A.C. 456.

Hamilton Gas Company v. Hamilton

(1910) A.C. 300.

International Railway Company v. Niagara Parks Commission

(1937) 3 D.L.R. 305.

The Board then said:

". . . it appears to the board that this is a case where only physical structures without any franchise, or statutory powers or other things necessary to earning capacity are being taken and accordingly reproduction cost is the test of value and consideration of earnings must be excluded."

En date du 31 décembre 1968, la Compagnie détenait des «avances de construction» remboursables s'élevant à $23,732.25. Elle détenait aussi des «avances de construction» non remboursables s'élevant à $36,112.14. À la même date, la Compagnie détenait des «contributions de clients» totalisant $35,793.92.

La Commission a énoncé, dans le passage suivant de sa décision, les principes à suivre en fixant le prix que la Ville devait payer à la Compagnie:

[TRADUCTION] Les principes à suivre en fixant le prix que la ville doit payer si elle veut se porter acquéreur de «tous les droits dans toutes matières faisant l'objet du contrat et dans tout équipement et tous biens utilisés aux fins dudit contrat» ont été établis par la Commission dans l'affaire de City of Grande Prairie c. Northland Utilities Limited, décision n° 27014 (confirmée en appel par la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, (1966) 56 W.W.R. 613). Dans cette décision-là la Commission renvoyait aux autorités suivantes:

Town of Berlin c. Berlin and Waterloo Street Railway Company

(1909) 42 R.C.S. 581.

West Canadian Hydro Electric Corporation Limited

(1950) 3 D.L.R. 321.

Edinburgh Street Tramway Company v. The Lord Provost of Edinburgh

(1894) A.C. 456.

Hamilton Gas Company v. Hamilton

(1910) A.C. 300.

International Railway Company v. Niagara Parks Commission

(1937) 3 D.L.R. 305.

La Commission disait ensuite:

«. . . il semble à la Commission qu'il s'agit d'un cas où l'acquisition ne vise que les installations physiques du système, sans la concession, sans les pouvoirs législativement conférés à l'exploitant, et sans les autres choses nécessaires à la capacité de gain, et par conséquent le coût de remplacement est le critère d'évaluation et on doit faire abstraction des facteurs relatifs aux gains.»

In referring to reproduction cost new the Board, in that decision said:

> ". . . in determining 'reproduction cost new'. Under this concept the assumption is taken that the present existing installation is instantaneously wiped out and at the date of the valuation a contractor is ready and able to rebuild a system identical in size, quality and performance to the one wiped out.
>
> Accordingly, therefore, the cost of materials would be the price that would be paid at the date of the valuation for quantities sufficient to reconstruct the system at that time."

In reaching its first decision to fix the total price of the system at $1,250,000, one of the factors considered by the Board was that if the system had to be rebuilt today it would, in fact, be necessary to cut and replace pavement in the areas affected, even though the evidence before the Board was that the pavement for which allowance was made did not exist historically at the time the various segments of the system were originally installed. After hearing the evidence of both parties, the Board set $300,000 as the sum to be allowed for this factor. The Company had claimed an additional $194,584 in respect of this item.

In its second decision the Board determined that no amount should be deducted from the amount of $1,250,000 by reason of "customer contributions" or "construction advances".

At the hearings before the Board the Company also claimed an allowance of $65,000 for organization and preliminary expenses, costs of attaching customers and costs of books and records. The Board rejected this claim.

With the requisite leave the City appealed from parts of the decision of the Board and the Company cross-appealed from other parts of the decision.

En mentionnant le coût de remplacement en neuf la Commission, dans cette décision, disait:

> «. . . en déterminant «le coût de remplacement en neuf». Selon ce concept, on présuppose que les installations existantes disparaissent instantanément et qu'à la date de l'évaluation un entrepreneur est prêt à reconstruire, et capable de reconstruire, un système identique à celui qui existait, du point de vue de la grandeur, de la qualité et du rendement.
>
> Par conséquent, le coût des matériaux serait le prix qu'on paierait à la date de l'évaluation pour des quantités suffisantes à la reconstruction du système à ce moment-là.»

En arrivant à sa première décision de fixer le prix total du système d'aqueduc à $1,250,000, un des éléments pris en considération par la Commission a été que si le système devait être reconstruit aujourd'hui il serait, en fait, nécessaire de briser et refaire le pavage dans les endroits touchés, même si, selon la preuve présentée à la Commission, le pavage dont on tenait compte n'existait pas historiquement à l'époque où différentes parties du réseau d'aqueduc ont été originairement installées. Après avoir entendu la preuve des deux parties, la Commission a fixé à $300,000 la somme allouée pour ce facteur. La Compagnie avait réclamé un montant additionnel de $194,584 sous ce chef.

Dans la seconde décision rendue par la Commission, celle-ci a décidé qu'aucun montant ne devrait être déduit du total de $1,250,000 par suite de «contributions de clients» ou d' «avances de construction».

Aux auditions tenues devant la Commission, la Compagnie a aussi réclamé une indemnité de $65,000 pour frais préliminaires et d'organisation, frais de sollicitation de clientèle et coût des livres et dossiers. La Commission a rejeté cette réclamation.

Avec l'autorisation nécessaire la Ville a interjeté appel de certaines parties de la décision de la Commission et la Compagnie a interjeté appel incident à l'encontre d'autres parties de la décision.

The issues before the Appellate Division were stated by Allen J. A. as follows:

(a) Whether the Public Utilities Board (hereinafter referred to as "the Board") was right in allowing an item of $300,000.00 for cost of breaking and replacement of pavement, not existing at the time when the water lines of Calgary Power Ltd. (hereinafter referred to as "the Company") were originally laid, as an element of value of the Company's system, and related to this, should the Board have disallowed part of the Company's claim with respect to these costs, amounting to the sum of $194,584.00. The City appeals the finding of liability for the said amount of $300,000.00 and the Company cross-appeals against the disallowance of the balance of its claim in respect of this item.

(b) Whether the Board was correct in declining to deduct from the valuation of the system the amount of customer's contributions and construction advances by developers. The City appeals this finding.

(c) Whether the Board was correct in refusing to make an allowance, in the valuation of the system, for preliminary organization expense, the cost of attracting [sic] customers and the cost of setting up books and records. The Company cross-appeals against this refusal.

The Court disposed of these issues as follows:

(a) By a majority of 2 to 1 the Court rejected the City's appeal. The Company's cross-appeal was rejected unanimously.

(b) By a majority of 2 to 1 the Court allowed the City's appeal and referred the matter back to the Board for reconsideration.

(c) By a majority of 2 to 1 the Court allowed the Company's cross-appeal and referred the matter back to the Board for reconsideration.

The Company appealed to this Court against the dismissal of its cross-appeal, under (a) above, and against the allowance of the City's appeal under (b) above. The City cross-appealed from the dismissal of its appeal under (a) above

Les questions soumises à la Division d'appel ont été énoncées par le juge d'appel Allen comme suit:

[TRADUCTION] a) Est-ce que la Commission des services publics (ci-après appelée «la Commission») a eu raison d'accorder la somme de $300,000 pour ce qu'il en coûterait pour briser et refaire le pavage qui n'existait pas à l'époque où les conduites d'eau de Calgary Power Ltd. (ci-après appelée «la Compagnie») ont été originairement installées, pour le motif que cela constitue un élément qui doit entrer dans l'évaluation du système de la Compagnie, et, à cet égard, est-ce que la Commission a eu raison de refuser l'excédent de réclamation y afférent, soit la somme additionnelle de $194,584? La Ville en appelle de la décision l'obligeant à payer ladite somme de $300,000 et la Compagnie, par incident, en appelle du rejet de l'excédent de la réclamation faite sous ce chef.

b) Est-ce que la Commission a eu raison de refuser de déduire de l'évaluation du système d'aqueduc le montant des contributions de clients ainsi que les avances de construction payées par les promoteurs? La Ville en appelle de cette décision.

c) Est-ce que la Commission a eu raison de refuser d'accorder une indemnité pour les frais préliminaires d'organisation, les frais de sollicitation de clientèle et le coût d'établissement des livres et dossiers? La Compagnie a interjeté un appel incident à l'encontre de ce refus.

La Cour a tranché ces questions de la façon suivante:

a) Par une majorité de 2 contre 1, la Cour a rejeté l'appel de la Ville. L'appel incident de la Compagnie a été rejeté à l'unanimité.

b) Par une majorité de 2 contre 1 la Cour a accueilli l'appel de la Ville et renvoyé l'affaire à la Commission pour réexamen.

c) Par une majorité de 2 contre 1 la Cour a accueilli l'appel incident de la Compagnie et a renvoyé l'affaire à la Commission pour réexamen.

La Compagnie en appelle à cette Cour du rejet de son appel incident, sous l'al. *a*) ci-dessus, et à l'encontre de l'accueil de l'appel de la Ville sous l'al. *b*) ci-dessus. La Ville interjette un appel incident à l'encontre du rejet de son

and from the allowance of the Company's cross-appeal under (c) above.

With respect to the first issue stated by Allen J.A., in para. (a), I am in agreement with the reasons of Johnson J.A. and Allen J.A. for holding that the Board properly included the $300,000 item referred to in that paragraph. Johnson J.A., after referring to the formula used by the Board, in determining price, which had received the approval of the Appellate Division in the *Northland Utilities* case, points out that it excludes any allowance for the value of the system as a going concern, and goes on to say:

If this formula is to be used it should be applied with all its implications. Unlike boards that fix the rate of return, the Public Utilities Board, when using it in compulsory purchase cases, cannot consider any of the items that cannot be fitted into the cost of reconstruction new. While the cost of the cutting and replacing of sidewalks cannot be considered as compensation for these lost values, it is suggested that where a purely notional concept is used to determine values, there is no place for considerations that are quite unconnected with that concept. It is not concerned with who or under what considerations the original plant was constructed. It is solely concerned with the present cost of reproduction. To hark back to conditions existing when the pipe was originally laid is not applying this formula but is rather using what Bonbright calls "historical reproduction cost". In my view the cutting and replacing of sidewalks is a part of the cost of the present reconstruction of the system and was properly included by the Board.

Allen J.A. says:

Although I can find no express statement in any case to that effect it seems to me that there is a difference in concept of values in such cases. In the rate cases the arbitrator is required to fix a fair rate of return to the utility company, which is a percentage by which the utility's rate base is multiplied to determine "the wages of capital" (Priest-Public Utility Regulation Vol. 1. p. 191). The rate base on which a return may be earned is the amount of property

appel sous l'al. *a*) ci-dessus et à l'encontre de l'accueil de l'appel incident de la Compagnie sous l'al. *c*) ci-dessus.

A l'égard de la première question énoncée par le juge d'appel Allen, à l'al. *a*), je souscris aux motifs qu'ont donnés les juges d'appel Johnson et Allen pour décider que la Commission était bien fondée à inclure la somme de $300,000 mentionnée dans cet alinéa. Le juge d'appel Johnson, après avoir fait mention de la formule utilisée par la Commission pour fixer le prix, formule qui avait reçu l'approbation de la Division d'appel dans l'arrêt *Northland Utilities*, fait observer qu'elle exclut toute allocation pour la valeur du système à titre d'entreprise en exploitation, et continue en disant:

[TRADUCTION] Si cette formule est utilisée, elle doit être appliquée avec toutes ses implications. Contrairement aux commissions qui établissent le taux de rendement, la Commission des services publics, lorsqu'elle l'utilise dans les affaires d'acquisition forcée, ne peut tenir compte d'aucun élément non susceptible d'entrer dans le coût de reconstruction à neuf. Bien que ce qu'il en coûte pour briser et remplacer les trottoirs ne puisse pas être considéré comme une indemnité pour ces valeurs perdues, il est suggéré que lorsqu'on utilise un concept purement abstrait pour évaluer, on ne peut faire place à des considérations qui n'ont aucun lien avec ce concept. Celui-ci n'a rien à voir avec la question de savoir qui a construit le plan originaire et suivant quelles considérations. L'unique préoccupation est le coût actuel de remplacement. En faisant un retour aux conditions qui existaient lorsque la conduite a été originairement installée, on n'applique pas cette formule mais on utilise plutôt celle que Bonbright appelle «le coût de replacement historique». A mon avis, le coupage et le remplacement des trottoirs fait partie du coût de la reconstruction actuelle du système et a été, à juste titre, inclus par la Commission.

Le juge d'appel Allen déclare:

[TRADUCTION] Bien que je ne puisse trouver d'énoncé spécifique en ce sens dans aucun arrêt, il me semble qu'il y a une différence dans le concept des valeurs en de tels cas. Dans les affaires de taux, l'arbitre doit déterminer un taux raisonnable de rendement pour la compagnie de services publics, lequel est un pourcentage qu'on applique à la base de tarif pour obtenir «le salaire du capital» (Priest—Public Utility Regulation Vol. 1 p. 191). La base de tarif qui

"used and useful" at the time of the rate inquiry, in rendering a designated utility source (Priest at Vol. 1. p. 139 & cases cited).

In the acquisition cases what is properly taken into consideration in fixing value is the reconstruction cost new less depreciation on the assumption that the present existing installation is instantaneously wiped out and at the date of valuation a contractor is ready and able to rebuild a system equal in size, quality and performance to the original one.

The position of the City, which was accepted by McDermid J.A., was that the award of this item was not justifiable because it did not represent an actual outlay by the Company when the system was constructed. This position must rest upon the theory that the Company is only entitled to recover its historical cost. Historical cost is of importance in setting a rate base. Section 81(3) of *The Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, c. 302, so provides:

(3) In determining a rate base under subsection (2), the Board shall give due consideration

(a) to the cost of the property when first devoted to public use, to prudent acquisition cost to the owner, less depreciation, amortization or depletion in respect of each, and

(b) to necessary working capital.

However, the present case is not concerned with the establishment of a rate base. It is concerned with the determination of a price in accordance with a formula which has received judicial approval. It is not a question of cost to the Company. It is a question of determining what would be the cost to the City to build a system equal in size, quality and performance to the one to be purchased and any cost requisite to achieve that object must be taken into account in determining the price to be paid for the existing system.

peut fonder le rendement alloué est le montant des biens «utilisés et utiles» au moment de la recherche du taux, en rendant une source d'adduction (Priest au vol. 1, p. 139 et arrêts cités).

Dans les affaires d'acquisition, ce qui est dûment pris en considération en déterminant la valeur, c'est le coût d'une reconstruction à neuf moins la dépréciation, dans l'hypothèse que les installations actuelles existantes disparaissent instantanément et qu'à la date de l'évaluation un entrepreneur est prêt à reconstruire, et capable de reconstruire, un système identique à celui qui existait, du point de vue de la grandeur, de la qualité et du rendement.

La position de la Ville, qui n'a pas été acceptée par le juge d'appel McDermid, était que l'octroi d'une indemnité sous ce chef n'était pas justifiable parce qu'il ne s'agissait pas de déboursés réels effectués par la Compagnie lorsque le système avait été construit. Cette position ne peut se fonder que sur la théorie suivant laquelle la Compagnie a seulement le droit d'obtenir le remboursement de son coût de construction historique. Le coût historique est important en établissant une base de tarif. Le par. (3) de l'art. 81 de *The Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, c. 302, prévoit ceci:

[TRADUCTION] (3) En déterminant une base de tarif conformément au paragraphe (2), la Commission doit prendre en considération

*a*) le coût des biens lorsqu'ils ont été initialement mis à l'usage du public, le coût judicieux d'acquisition pour le propriétaire, moins la dépréciation, l'amortissement ou la diminution à l'égard de chacun, et

*b*) le capital nécessaire d'exploitation.

Cependant, il ne s'agit pas en l'espèce d'établir une base de tarif. Il s'agit de fixer un prix conformément à une formule qui a reçu l'approbation des tribunaux. La question n'est pas de savoir ce que le système a coûté à la Compagnie mais de déterminer ce qu'il en coûterait à la Ville pour reconstruire un système identique, du point de vue de la grandeur, de la qualité et du rendement, à celui que l'on veut acquérir, et toutes les dépenses nécessaires à cette fin doivent être prises en considération en établissant le prix à payer pour le système existant.

I agree with the majority of the Appellate Division on this point.

With respect to the second point raised by the Company, referred to in para. (a), *i.e.*, the reduction by the Board of the amount claimed by the Company in respect of this item, I see no reason to alter the unanimous decision of the Appellate Division.

Turning to para. (b) and the item of "construction advances", I would adopt the view expressed by Johnson J.A. as follows:

After all, the property purchased by these advances is the property of the respondent and there is no reason why it should not be paid for. The Board decided that these were private contracts between the developer and the respondent and it had no jurisdiction respecting them. The respondent still has liability respecting lots that are not yet on service and the respondent cannot escape these even if the appellant assumed this liability.

I do not see why the price to be paid by the City for a Company asset should be affected because of the source from which the Company obtained the funds with which to pay for it.

With respect to "customer contributions", the Board found that these were for the purpose of providing funds necessary to meet the deficiency in earnings which would result from the construction of an extension which, at the prevailing rates under the franchise, would provide insufficient revenue to meet the cost of supplying water to such customers.

I agree with the view expressed by Johnson J.A. on this point, as follows:

In determining that these sums are revenue, the Board was deciding a question of fact. There was evidence upon which this could be made and the sufficiency of such evidence is for the Board. We have no jurisdiction to direct that the Board should require further evidence. Even if the respondent in its books treated it otherwise it would not be estopped from showing that it was in fact revenue.

Je souscris à l'opinion de la majorité de la Division d'appel sur ce point.

A l'égard de la seconde question soulevée par la Compagnie, mentionnée dans l'al. *a*), c.-à-d. la diminution par la Commission du montant réclamé par la Compagnie sous ce chef, je ne vois aucun motif de modifier la décision unanime de la Division d'appel.

Passant à l'al. *b*) et au chef de réclamation «avances de construction», j'adopterais le point de vue qu'exprime ainsi le juge d'appel Johnson:

[TRADUCTION] Après tout, les biens achetés à l'aide de ces avances sont les biens de l'intimée et il n'y a pas de raison pour laquelle on ne devrait pas en payer le coût. La Commission a décidé qu'il s'agissait là de contrats de nature privée entre le promoteur et l'intimée et qu'elle n'était pas compétente à cet égard. L'intimée a toujours des obligations envers les lots qui n'ont pas encore le service d'eau et l'intimée ne peut pas s'y soustraire même si l'appelante assume cette responsabilité.

Je ne vois pas comment le prix que la Ville doit payer pour un élément d'actif de la Compagnie devrait être modifié en raison de la provenance des fonds obtenus par la Compagnie pour le payer.

A l'égard des «contributions de clients», la Commission a décidé que celles-ci avaient pour but de fournir les fonds nécessaires pour suppléer au manque de revenu qu'entraîne la construction d'un prolongement qui, aux taux établis conformément à la concession, ne rapportera pas de quoi payer ce qu'il en coûte pour approvisionner en eau de tels clients.

Je souscris à l'opinion exprimée sur ce point de façon suivante par le juge d'appel Johnson:

[TRADUCTION] En concluant que ces sommes étaient un revenu, la Commission a tranché une question de fait. Il y avait preuve sur laquelle la Commission pouvait fonder sa décision et il lui appartient de juger de la suffisance de cette preuve. Nous n'avons pas le pouvoir d'ordonner à la Commission d'exiger une preuve additionnelle. Même si l'intimée a, dans ses livres, traité ces sommes de façon différente, elle n'est pas empêchée de montrer qu'il s'agissait en fait d'un revenu.

The point raised in paragraph (c) is as to the right of the Company to claim from the City the sum of $65,000, representing:

| | |
|---|---|
| Organization and preliminary expenses | $24,000 |
| Cost of attaching customers | 26,000 |
| Cost of books and records | 15,000 |
| | $65,000 |

The City's right to purchase, as defined by the statute, and its obligation to pay, relates to "all the rights of the contractor (Company) in all matters and things under the contract and in all apparatus and property used for the purposes thereof". The rights conferred by the franchise agreement were, briefly, an exclusive licence, for ten years, to lay down pipes, mains and conduits for conveying water within the City, to construct, maintain, repair and operate a water supply system, to sell and distribute water, with the privilege to enter on City streets and lanes to lay its pipes.

These are the rights referred to in the statutory power to purchase. In this context, it is my opinion that the word "property", which is coupled with the word "apparatus", refers to physical objects, and does not include those items in respect of which this claim was made. (See per Lord Macnaghten in *Kingston Light, Heat & Power Company v. Corporation of Kingston*[1].

This was the view of the Board, which had this to say concerning this claim:

There is no question that if the City elects to purchase the system it would be faced with the task of establishing books and records to record the operation of the system; entering into contracts with water users; and meeting such other expenses that may be necessary to establish the operation of the water utility. These expenses, in the Board's view, are expenses usually associated with developing the utili-

[1] (1904), 20 T.L.R. 448.

La question soulevée dans l'al. *c*) est relative au droit de la Compagnie de réclamer de la Ville la somme de $65,000 pour:

| | |
|---|---|
| Frais préliminaires et d'organisation | $24,000 |
| Frais de sollicitation de clientèle | 26,000 |
| Coût des livres et dossiers | 15,000 |
| | $65,000 |

Le droit d'acheter que possède la Ville, tel qu'il se trouve défini par le texte législatif, et l'obligation qu'a la Ville de payer, a trait à «tous les droits de l'entrepreneur (Compagnie) dans toutes matières faisant l'objet du contrat et dans tout équipement et tous biens utilisés aux fins dudit contrat». Les droits conférés par le contrat de concession étaient, en bref, un droit exclusif, pour une période de dix ans, d'installer des tuyaux et conduites principales et secondaires pour la distribution des eaux dans la ville, de construire, maintenir, réparer et exploiter un système d'aqueduc, de vendre et de distribuer l'eau, avec privilège d'accès aux rues et ruelles de la ville pour l'installation des tuyaux.

Ce sont là les droits dont parle le texte législatif lorsqu'il confère le pouvoir d'acquisition. Dans ce contexte, je suis d'avis que le mot «biens», qui est juxtaposé avec le mot «équipement», vise des objets matériels et n'inclut pas les chefs pour lesquels cette réclamation est faite. (Voir Lord Macnaghten dans *Kingston Light, Heat & Power Company v. Corporation of Kingston*[1].

Ce fut là l'avis de la Commission, qui a fait les commentaires suivants au sujet de cette réclamation:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute que si la Ville décide d'acheter le système elle sera dans l'obligation d'établir des livres et des dossiers et d'y faire les inscriptions relatives à l'exploitation du système; elle devra passer des contrats avec les usagers et faire les autres dépenses nécessaires à l'établissement du service d'eau. Ces dépenses, selon la Commission, sont des dépenses habituellement associées à l'exploitation

[1] (1904), 20 T.L.R. 448.

ty as a going concern and for which C.P., in a proceeding of this nature, is not entitled to be compensated for. The rights in all matters and things under the contract, as contemplated in the statute, must refer to the privilege granted by the City to C.P. which includes, among other things, the right, for a ten-year period, to lay down pipes in the streets and lanes of the City and for such purpose to make excavations, etc. At the end of the franchise period, unless a renewal is granted, these rights are at an end and their value to C.P. ceases to exist. The items claimed by C.P., totalling $65,000, are items associated with the operation of the rights conferred by the City under its contract with C.P. and which, upon the termination of the contract, are of little value to C.P. Accordingly, the Board has come to the conclusion that the $65,000 claimed by C.P. covers items which should not be taken into account in determining the price which the City is required to pay for the acquisition of the system at the termination of the franchise agreement.

Furthermore, as is pointed out by Johnson J.A., these items do not fit into the approved formula of awarding reconstruction costs new.

I would not allow this claim.

In the result, it is my view that the decision of the Public Utilities Board should be restored. The appeal and the cross-appeal, to the extent only that they seek the restoration of that decision, should be allowed. The other items in the appeal and in the cross-appeal should be dismissed. As success on both the appeal and the cross-appeal has been divided, I would not award costs to either party.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Saucier, Jones, Peacock, Black, Gain, Stratton & Laycraft, Calgary.*

*Solicitors for the respondent: Liden, Ackroyd, Bradley, Philion, Piasta, Neuman & Elgert, Edmonton.*

des services d'une entreprise en marche et pour lesquelles C.P., dans une procédure de cette nature, n'a pas droit à une indemnité. Les droits dans toutes matières faisant l'objet du contrat, tels qu'envisagés par le texte législatif, doivent de toute évidence être afférents au privilège accordé par la Ville à C.P., qui comprend, entres autres, le droit, pour une période de dix ans, d'installer des tuyaux dans les rues et les ruelles de la ville et dans ce but de procéder à des excavations, etc. A la fin de la période prévue au contrat de concession, à moins qu'un renouvellement ne soit accordé, ces droits prennent fin et n'ont plus de valeur pour C.P. Les chefs réclamés par C.P., pour un total de $65,000, sont des chefs reliés à l'exploitation des droits conférés par la Ville en vertu de son contrat avec C.P. et qui, à l'expiration du contrat, ont peu de valeur pour C.P. Par conséquent, la Commission en est venue à la conclusion que la somme de $65,000 réclamée par C.P. a trait à des chefs de réclamation qui ne devraient pas être pris en considération en fixant le prix que la Ville doit payer pour l'acquisition du système à l'expiration du contrat de concession.

De plus, comme le fait remarquer le juge d'appel Johnson, ces chefs de réclamation ne cadrent pas avec la formule approuvée visant à indemniser d'après le coût d'une reconstruction à neuf.

Je n'accepterais pas cette réclamation.

En définitive, je suis d'avis que la décision de la Commission des services publics doit être rétablie. L'appel et l'appel incident, dans la mesure où ils demandent le rétablissement de cette décision, doivent être accueillis. Les autres conclusions de l'appel et de l'appel incident doivent être rejetées. Comme l'appel et l'appel incident n'ont tous deux été accueillis qu'en partie, je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens à l'une ou l'autre des parties.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante: Saucier, Jones, Peacock, Black, Gain, Stratton & Laycraft, Calgary.*

*Procureurs de l'intimée: Liden, Ackroyd, Bradley, Philion, Piasta, Neuman & Elgert, Edmonton.*

**Coast Ferries Limited** *(Plaintiff) Appellant*;

and

**Century Insurance Company of Canada** *et al. (Defendants) Respondents.*

1974: February 18, 19, 20; 1974: June 28.

Present: Martland, Ritchie, Spence, Dickson and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Insurance (Marine) — Inchmaree clause — Loss caused by negligence of master covered provided such loss not result of want of due diligence by owner—Unseaworthiness of vessel caused by wrong loading for which master to blame—Proximate cause of casualty—Owner wanting in due diligence—Marine Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 231, s. 41(5).*

A policy of marine insurance invoked by the appellant, the owner of a motor vessel employed in the coastal trade, contained the normal insuring agreement protecting against the perils of the sea and other risks, including the Inchmaree clause. The latter provided that loss or damage caused by the negligence of the master was covered provided such loss or damage did not result from want of due diligence by the owner. Both Courts below found that the proximate cause of the casualty was the unseaworthiness of the vessel caused by wrong loading for which the master was to blame. No general allegation of peril of the sea was put before the Court and the allegation of shifting of the load was not proven.

The trial judge found that the loss was one covered by the policy because the owner was free from blame. The Court of Appeal reversed the trial judgment on the ground that the owner was wanting in due diligence in seeing that the vessel was properly loaded.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Court of Appeal was correct on the question of due diligence. The owner failed to supply proper loading instructions and did not take the basic precaution to verify the conduct of its master.

**Coast Ferries Limited** *(Demanderesse) Appelante*;

et

**Century Insurance Company of Canada** *et al. (Défenderesses) Intimées.*

1974: les 18, 19 et 20 février; 1974: le 28 juin.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Spence, Dickson et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Assurance (maritime) — Clause Inchmaree — La perte résultant de la négligence du capitaine est couverte pourvu que cette perte n'ait pas résulté d'un manque de diligence raisonnable de la part du propriétaire—Mauvais état de navigabilité du navire provoqué par un mauvais chargement dont est responsable le capitaine—Cause immédiate du sinistre—Propriétaire ayant manqué de diligence raisonnable—Marine Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 231, art. 41(5).*

La police d'assurance maritime invoquée par l'appelante, la propriétaire d'un navire à moteur servant au cabotage, contenait la clause d'assurance habituelle accordant une protection contre les périls de la mer et autres risques, ainsi que la clause *Inchmaree*. Cette dernière prévoyait que la perte ou le dommage résultant de la négligence du capitaine était couverte pourvu que cette perte ou ce dommage n'ait pas résulté d'un manque de diligence raisonnable de la part du propriétaire. Les deux tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la cause immédiate du sinistre était le mauvais état de navigabilité du navire provoqué par un mauvais chargement dont était responsable le capitaine. Le moyen général du péril de la mer n'a pas été allégué devant cette Cour et l'allégation du déplacement de la cargaison n'a pas été prouvée.

Le juge de première instance a conclu que la perte était couverte par la police parce qu'aucune faute ne pouvait être imputée à la propriétaire. La Cour d'appel a infirmé le jugement du tribunal de première instance pour le motif que la propriétaire n'a pas fait preuve de diligence raisonnable en veillant à ce que le navire soit correctement chargé.

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté.

La Cour d'appel a jugé à bon droit la question de la diligence raisonnable. La propriétaire a omis de donner des directives de chargement appropriées et n'a pas pris la précaution élémentaire de vérifier les actes de son capitaine.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia, allowing an appeal from a judgment of Ruttan J. Appeal dismissed.

*Timothy P. Cameron*, for the plaintiff, appellant.

*D. Brander Smith*, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J—The appellant, the owner of the motor vessel "Brentwood", is claiming from the respondent underwriters their share of the sum of $110,000, plus various expenses, under a time policy covering hull and machinery against certain marine risks.

In the Supreme Court of British Columbia, Ruttan J. found that the loss was indeed one covered by the policy but refused to accept plaintiff's contention that the risks insured against had entailed a constructive loss and gave judgment for $65,000 to which he added sue and labour expenses of $2,800. An appeal and a cross-appeal were entered and the Court of Appeal of British Columbia found in favour of underwriters and dismissed the action. By its appeal to this Court, plaintiff prays (1) for a declaration that the motor vessel "Brentwood" was damaged by a risk insured against and (2) for a further declaration that the damage amounted to a constructive total loss.

The facts are simple and I cannot do better than to quote from the reasons for judgment in the Court of Appeal:

The vessel was a converted automobile ferry employed in the coastal trade, carrying freight between Vancouver, B.C. and Loughborough Inlet, and way points. Her master was K.R. Watt and her mate

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, accueillant un appel d'un jugement du juge Ruttan. Le pourvoi est rejeté.

*Timothy P. Cameron*, pour la demanderesse, appelante.

*D. Brander Smith*, pour les défenderesses, intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—L'appelante, propriétaire du navire à moteur «Brentwood», réclame des assureurs maritimes intimés leur part de la somme de $110,000, ainsi que le recouvrement de différents frais, en vertu d'une police à temps assurant la coque et les machines contre certains risques maritimes.

En Cour suprême de la Colombie-Britannique, M. le juge Ruttan a conclu que la perte était effectivement l'une de celles qu'assurait la police mais il a refusé d'accepter les prétentions de la demanderesse voulant que les risques assurés aient entraîné une perte implicite (constructive), et il a prononcé un jugement pour la somme de $65,000 à laquelle il a ajouté des frais de $2,800 supportés pour «agir et travailler» (sue and labour). Un appel et un appel incident ont été interjetés; la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est prononcée en faveur des assureurs maritimes et a rejeté l'action. En cette Cour, la demanderesse requiert (1) une déclaration à l'effet de constater que le navire à moteur «Brentwood» a été endommagé par un risque contre lequel il était assuré et (2) une déclaration à l'effet de constater que les dommages représentaient une perte totale implicite.

Les faits sont simples et le mieux est de les extraire des motifs du jugement de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Il s'agissait d'un traversier pour automobiles converti qui servait au cabotage et qui transportait des marchandises de Vancouver, C.-B. à Loughborough Inlet en s'arrêtant en différents points

P.J. Snow, both holding certificates of competency as Masters of home trade vessels limited to 350 tons.

On October 23, 1969, at about 0330 hours, the vessel was off Point Atkinson when she was found to be taking water. The master and crew abandoned her; she rolled over on her starboard beam, shed her deck cargo, and righted herself. The master boarded her and found the main engines still operating and beached her at Garrow Bay, one-half mile away.

. . .

The learned trial judge found that the proximate cause of the casualty was the unseaworthiness of the vessel caused by wrong loading, for which the master was to blame, but the owner was not.

. . .

The learned trial judge concluded that the casualty was caused by the vessel sailing with a free-board of only 18" at the stem, and that was aggravated by a rake of 1 foot down by the stem. At the vessel's full speed of 7½ knots, she generated a bow wave 2 feet high, with the result that even in the dead calm sea the wave broke over the sponson shaped bow and made its way along the deck into the ventilators, which were properly left open under the prevailing conditions, and into the hold, further depressing the head and increasing the inrush of water until she lost her stability and rolled over.

Both Courts below found that the proximate cause of the casualty was the unseaworthiness of the vessel caused by wrong loading for which the master was to blame. I am certainly not ready to disturb these concurrent findings of fact. Indeed, they are well supported by the evidence.

The policies of insurance invoked by appellant contain the normal insuring agreement protecting against the perils of the sea and other risks, as well as the Inchmaree clause. The relevant part of the latter (taken from one of the policies) reads:

du trajet. Son capitaine était K. R. Watt et son lieutenant P. J. Snow, tous deux détenteurs de certificats d'aptitude à la profession de capitaine de caboteurs ne dépassant pas 350 tonnes.

Le 23 octobre 1969, aux environs de 3 h 30, le navire se trouvait au large de Pointe Atkinson lorsqu'on a remarqué qu'il prenait l'eau. Le capitaine et l'équipage l'ont abandonné; il s'est mis à pencher à tribord, a perdu sa cargaison de pontée et s'est redressé. Le capitaine est monté à bord du navire et, découvrant que ses machines principales fonctionnaient toujours l'a échoué à Garrow Bay, un demi-mille plus loin.

. . .

Le savant juge de première instance a conclu que la cause immédiate du sinistre était le mauvais chargement dont le capitaine, mais non le propriétaire, était responsable.

. . .

Le savant juge de première instance a conclu que le sinistre avait été causé par le fait que le navire naviguait avec un franc-bord de 18 pouces seulement à l'étrave, ce qui était aggravé par une inclinaison d'un pied à l'étrave. A 7½ nœuds, pleine vitesse du navire, celui-ci produisait une vague d'étrave de 2 pieds de haut; et ainsi, même dans la mer d'un calme plat, la vague est venue se briser sur la proue faite en plate-forme, faisant son chemin sur le pont jusqu'aux manches à air, qu'on devait laisser ouvertes vu les conditions existantes, et s'est répandue dans la cale, enfonçant l'avant davantage et augmentant ainsi la poussée de l'eau jusqu'à ce que le navire perde sa stabilité et roule sur le côté.

Les deux tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la cause immédiate du sinistre était le mauvais état de navigabilité du navire provoqué par un mauvais chargement dont était responsable le capitaine. Je ne suis certainement pas disposé à changer ces conclusions de fait concordantes. En effet, la preuve les étaie amplement.

Les polices d'assurance qu'invoque l'appelant contiennent la clause d'assurance habituelle accordant la protection contre les périls de la mer et autres risques, ainsi que la clause *Inchmaree* dont voici la partie pertinente (extraite de l'une des polices):

This insurance also specially to cover (subject to the Average Warranty) loss of or damage to the subject matter insured directly caused by the following:—

. . .

Negligence of Master, Charterers other than an Assured, Mariners, Engineers or Pilots:

Provided such loss or damage has not resulted from want of due diligence by the Assured, the Owners or Managers of the Vessel, or any of them.

Before the trial judge, plaintiff appellant put its case thus in the words of Ruttan J.:

The owner as plaintiff has stated in the pleadings that the loss was due to the negligence of the master and crew in the loading and in the eventual handling of the vessel immediately prior to her foundering. In the alternative it is alleged that the loss was caused by a peril of the sea which arose by the cargo shifting damaging the vessel and so causing an incursion of sea water whereby she sank.

In the course of the trial, plaintiff appellant sought to enlarge this allegation by referring to a more general plea of peril of the sea but this amendment was refused by the judge:

I decreed that if such an amendment were to be made, there would have to be an adjournment as requested by defence counsel, and plaintiff therefore abandoned the motion.

Plaintiff appellant was therefore left under the general clause with the sole allegation that the cargo had shifted. On this point, the trial judge made a finding that no such shifting had taken place. There certainly is enough evidence to support this finding and I accept it.

The only question in issue at this stage of the proceedings is the following: Does the Inchmaree clause permit recovery by appellant? In other words, did the negligence of the master, as found by the Courts below, exist without "want of due diligence by the Assured"?

[TRADUCTION] La présente assurance couvrira aussi spécialement (sous réserve de la stipulation relative aux avaries) la perte ou le dommage causés à la chose assurée, résultant directement des causes suivantes:

. . .

Négligence du capitaine, des affréteurs autres qu'un assuré, des marins, des ingénieurs ou des pilotes;

Pourvu que cette perte ou ce dommage n'ait pas résulté d'un manque de diligence raisonnable de la part de l'assuré, des propriétaires ou des gérants du navire, ou de l'un d'entre eux.

Devant le juge de première instance, l'appelante demanderesse a présenté ainsi sa cause, selon les termes du juge Ruttan:

[TRADUCTION] La propriétaire en qualité de demanderesse déclare dans ses plaidoiries écrites que la perte était due à la négligence du capitaine et de l'équipage lors du chargement et finalement lors de la manoeuvre du navire immédiatement avant qu'il n'échoue. Comme autre moyen, on allègue que la perte est due à un péril de la mer survenu par suite du déplacement de la cargaison qui a endommagé le navire et provoqué l'intrusion d'eau de mer qui l'a fait couler.

Au cours du procès, l'appelante demanderesse a essayé d'élargir cette allégation par renvoi à un moyen beaucoup plus général de péril de la mer, mais le juge a refusé l'amendement proposé:

[TRADUCTION] J'ai décidé que, s'il fallait apporter une telle modification, il faudrait ajourner comme l'a demandé l'avocat de la défense; la demanderesse a donc abandonné sa requête.

L'appelante demanderesse a donc dû s'en remettre, au chapitre de la clause générale, à l'allégation unique selon laquelle la cargaison s'était déplacée. A ce sujet, le juge de première instance a conclu qu'aucun semblable déplacement ne s'était produit. Il y a certainement une preuve suffisante à l'appui de cette conclusion et je l'accepte.

La seule question en litige à ce stade-ci des procédures est la suivante: Est-ce que la clause *Inchmaree* donne à l'appelante un droit à recouvrement? En d'autres termes, la négligence du capitaine, à laquelle ont conclu les tribunaux d'instance inférieure, a-t-elle existé sans «manque de diligence raisonnable de la part de l'assuré»?

The trial judge found that the assured owner did not lack of due diligence. The Court of Appeal reversed the judgment of the trial Court. Davey J.A., speaking for the Court, declares himself "fully satisfied on the evidence that the owner was wanting in due diligence in seeing that the vessel was properly loaded". The reasons of the Court of Appeal are very well summarized in the following extract of the reasons for judgment signed by Davey J.A.:

Le savant juge de première instance a conclu que la propriétaire assurée n'avait pas manqué de diligence raisonnable. La Cour d'appel a renversé le jugement du tribunal de première instance. M. le juge d'appel Davey, parlant au nom de la Cour, se déclare [TRADUCTION] «tout à fait convaincu d'après la preuve, que la propriétaire n'a pas fait preuve de diligence raisonnable en veillant à ce que le navire soit correctement chargé». Les motifs de la Cour d'appel sont très bien résumés dans l'extrait suivant des motifs de jugement signés par M. le juge d'appel Davey:

But when the owner left full responsibility for the loading to the master it became its duty to furnish the master with sufficient information about minimum freeboard and trim for the vessel (among other data) to enable the master to exercise sound judgment in loading in the light of his skill and experience. The owner did not do so. Therein lay its want of due diligence. That information was especially necessary because the owner's standing instructions required the master to load the cargo on the vessel (mostly on the deck for which the vessel was well suited) in the inverse order to which it was to be unloaded according to the order of ports of call. Such procedure on occasion required heavier items of deck cargo to be placed well forward, which would depress the bow. On some occasions the owner, not the master, changed the usual order of ports of call to avoid excessive draught at the stem.

[TRADUCTION] Mais lorsque la propriétaire a laissé toute la responsabilité du chargement au capitaine, il lui incombait alors de donner à ce dernier les renseignements nécessaires relatifs au minimum de franc-bord et d'assiette pour le navire (entre autres données) afin de faire en sorte que le capitaine puisse exercer un jugement sûr au moment d'effectuer le chargement, à la lumière de son habileté et de son expérience. La propriétaire ne l'a pas fait. C'est là que réside son manque de diligence raisonnable. Ces renseignements étaient tout particulièrement nécessaires car les directives permanentes de la propriétaire obligeaient le capitaine à charger la cargaison sur le navire (surtout sur le pont car le navire s'y prêtait bien) dans l'ordre inverse de celui dans lequel il devait être déchargé conformément à l'ordre des ports d'escale. Cette procédure obligeait parfois à placer bien en avant les articles plus lourds de la cargaison en pontée, ce qui enfonçait la proue. À quelques occasions la propriétaire, non le capitaine, a modifié l'ordre habituel des ports d'escale pour éviter un tirant excessif à l'étrave.

In 1960 the owner thought it desirable to learn something of the hydrostatic characteristics of the "Brentwood" and had Mr. Allan, a naval architect, perform inclination tests on the vessel to secure that information. The purpose of the tests was "to obtain an indication of the limits of cargo, distribution of cargo, and cargo weight" that the vessel could carry. Allan gave a written report to the owner (ex. 37). The report showed a minimum safe freeboard midship of 1'6" at even trim, which would substantially exceed 2 feet at the stem. Capt. Torn said that he maintained a minimum freeboard of 2½ to 3 feet at the bow. Mr. Allan discussed verbally with O.H. New, the presi-

En 1960, la propriétaire a jugé souhaitable d'en apprendre un peu sur les caractéristiques hydrostatiques du «Brentwood» et à cette fin elle a fait effectuer des tests d'inclinaison sur le navire par M. Allan, architecte naval. L'objet de ces tests était «d'obtenir une indication du volume, de la répartition, et du poids» que le navire pouvait transporter. M. Allan a remis à la propriétaire un rapport écrit (Pièce 37). Le rapport indique un franc-bord minimum de sécurité de 1 pied et 6 pouces au milieu du navire lorsque l'assiette n'est pas inclinée, ce qui devait largement dépasser 2 pieds à l'étrave. Le capitaine Torn a dit qu'il maintenait un franc-bord minimum de 2½ pieds à

dent of the owner, the question of trim because they both knew it was possible to load the vessel by the head, and they both agreed it would be undesirable to take the vessel any great distance with the trim below level by the head (A.B. 275), because that raised problems of taking water over the bow, steering and the vessel's behaviour.

None of the information verbal or written was given to Capt. Watt, notwithstanding the owner had gone to some expense to obtain it.

The written report was on board the vessel in a drawer under the master's bunk along with other papers of the ship, but Capt. Watt had not seen it, and no one seems to have told him about it. He said so far as he knew there was no stability information on the vessel at the time of the accident.

Mr. Allan said that he would expect a deep sea master to be able to read the inclination report, and extract necessary information from it, but not a master holding only a limited coastwise certificate; that coastal masters are not in the habit of making calculations from inclination test reports, but they do judge stability by their experience and the feel of the ship, and many are excellent in their use of these "seat of the pants" methods.

I think it clear from Capt. Watt's evidence that he could not have utilized fully the information contained in the inclination test report, even if he had seen it, and of course it would have given him no information about the limits of trim, because Mr. Allan did not include that in his report, but covered it in verbal discussion with Mr. New. Obviously, placing the report of the inclination tests on board the vessel was quite an inadequate substitute for proper loading instructions based upon the inclination tests.

Mr. Allan found it incredible that a master would load the vessel so that it had a rake of 1 foot down by the head with a freeboard at the stem of only 18". From that it would appear that an experienced master without any loading instructions should have seen the folly of so loading the vessel. But in my respectful opinion that does not excuse the lack of diligence of

3 pieds à l'avant. M. Allan a discuté verbalement de la question de l'assiette avec M. O. H. New, président de la compagnie propriétaire, parce que tous deux savaient qu'il était possible de charger le navire par l'avant, et tous deux ont convenu qu'il n'était pas souhaitable de faire parcourir au navire une grande distance lorsque l'assiette piquait vers l'avant (A.B. 275), à cause de l'eau qui passerait par-dessus la proue, de la difficulté de gouverner et du comportement du navire.

Aucun de ces renseignements verbaux ou écrits n'a été donné au capitaine Watt, malgré tous les frais que la propriétaire avait dû engager pour les obtenir.

Le rapport écrit était à bord du navire dans un tiroir sous la couchette du capitaine avec d'autres documents de bord mais le capitaine Watt ne l'avait pas vu et personne ne semble lui en avoir parlé. Il a déclaré qu'au meilleur de sa connaissance il n'y avait à bord du navire au moment de l'accident aucun renseignement sur la stabilité.

M. Allan a souligné qu'on aurait pu s'attendre à ce qu'un capitaine au long cours soit capable de lire un rapport d'inclinaison et d'en extraire les renseignements nécessaires, mais non un capitaine détenteur uniquement d'un certificat valable pour la région côtière; que ces capitaines côtiers n'ont pas l'habitude de faire des calculs à partir de rapports de tests d'inclinaison, mais que leur expérience et leur habitude du navire leur permettent d'en apprécier la stabilité; et que nombre d'entre eux excellent dans l'utilisation de ces méthodes intuitives.

Je pense qu'il ressort clairement de la déposition du capitaine Watt qu'il n'aurait pu pleinement utiliser les renseignements contenus dans le rapport sur les tests d'inclinaison, même s'il l'avait vu, et, naturellement, ce rapport ne lui aurait donné aucun renseignement sur les limites de l'assiette car M. Allan n'en parlait pas dans son rapport mais en avait simplement traité verbalement avec M. New. Le fait de placer à bord du navire le rapport concernant les tests d'inclinaison ne pouvait, à coup sûr, remplacer adéquatement des directives de chargement appropriées fondées sur ces tests.

Pour M. Allan, il est incroyable qu'un capitaine ait pu charger le navire au point qu'il y ait une inclinaison d'un pied à l'avant et un franc-bord de 18 pouces seulement à l'étrave. D'où il semblerait qu'un capitaine sans expérience et sans directives de chargement se serait rendu compte de la démence d'un tel chargement. Toutefois, bien respectueusement, j'es-

the owner in not supplying proper loading instructions. It emphasizes the need for them.

With these reasons I am in full agreement. As a matter of fact, other circumstances disclosed by the evidence clearly show to my mind that the appellant owner did not take the basic precaution to verify the conduct of his master:

1. on many previous occasions the ship was sent to sea with a cargo the weight of which was in excess of the maximum prescribed by Mr. Allan, the naval architect consulted by the appellant in 1960;
2. there were no draft marks on the vessel;
3. no system was devised by the owner to maintain logs showing freeboard, trims, etc.

The duty of due diligence imposed upon the owner is not satisfied if for years he closes his eyes and does nothing. His obligation is to act reasonably in the circumstances and the evidence in the present case discloses that the appellant's main competitor maintains a much better procedure.

The parties also referred us to s. 41, para. 5 of the *Marine Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 231, which reads as follows:

(5) In a time policy there is no implied warranty that the ship shall be seaworthy at any stage of the adventure, but where, with the privity of the assured, the ship is sent to sea in an unseaworthy state, the insurer is not liable for any loss attributable to unseaworthiness.

In view of the fact that we were not asked to examine the problem in the light of the general insuring clause, and in view of my conclusion on the question of due diligence, I do not find it necessary to examine this point.

For the above reasons, I would dismiss the appeal with costs.

time que cela n'excuse pas le manque de diligence de la propriétaire quant à l'absence de directives de chargement appropriées. Cela met en évidence le besoin qu'il y avait de donner de telles directives.

Je souscris entièrement à ces motifs. Comme question de fait, d'autres circonstances révélées par la preuve démontrent clairement à mon sens que la propriétaire appelante n'a pas pris la précaution élémentaire de vérifier les agissements de son capitaine:

1. en de nombreuses occasions précédentes le navire a été envoyé en mer avec une cargaison dont le poids dépassait le maximum prescrit par M. Allan, l'architecte naval qu'avait consulté l'appelant en 1960;
2. il n'y avait aucune échelle de tirants d'eau sur le navire;
3. la propriétaire n'avait conclu aucun système pour tenir des registres de franc-bord, d'assiette, etc.

L'obligation de diligence raisonnable incombant au propriétaire n'est pas remplie si durant des années il ferme les yeux et ne fait rien. Il lui incombe d'agir de façon raisonnable compte tenu des circonstances, et la preuve en l'espèce révèle que le principal concurrent de l'appelante applique une bien meilleure procédure.

Les parties nous ont également renvoyés à l'art. 41, par. 5, du *Marine Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 231, que voici:

[TRADUCTION] (5) Dans une police à temps, il n'y a pas de garantie implicite que le navire sera en bon état de navigabilité à toute étape de l'aventure, mais lorsqu'à la connaissance de l'assuré le navire est expédié en mer en mauvais état de navigabilité, l'assureur ne répond d'aucun sinistre attribuable au mauvais état de navigabilité.

Comme on ne nous a pas demandé d'examiner le problème à la lumière de la clause générale d'assurance, et vu la conclusion à laquelle je suis parvenu sur la question de la diligence raisonnable, je n'estime pas nécessaire d'examiner ce point.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the plaintiff, appellant: McMaster, Bray, Moir, Cameron & Jasich, Vancouver.*

*Solicitors for the defendants, respondents: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureurs de la demanderesse, appelante: McMaster, Bray, Moir, Cameron & Jasich, Vancouver.*

*Procureurs des défendeurs, intimées: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Ralph Nabis** *Respondent.*

1974: March 6; 1974: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law—Oral threat to cause injury made face to face—No offence under Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 331(1)(a).*

The respondent was found guilty of having, by speaking to a certain person, uttered a threat to cause injury to the said person, contrary to s. 331(1)(*a*) of the *Criminal Code*. The Saskatchewan Court of Appeal set aside the conviction and the appellant appealed to this Court from that decision. The point at issue was whether the words "or otherwise" in s. 331(1) are intended to cover purely oral threats made directly or face to face by the person who utters them to the person they are aimed at.

*Held* (Martland, Judson and Pigeon JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Ritchie, Spence, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: In order to conclude that s. 331 does not cover purely oral threats made face to face, it suffices to fall into line with the technique used by Parliament in delimiting the offence. The definition of the offence lists specifically, though not exhaustively, a number of means of expressing a threat. The non-exhaustive nature of the listing is not meant to do away with the very technique used by Parliament to delimit the boundaries of the offence and thereby to suppress all delimitation. A line must therefore be drawn at some point with respect to the means by which threats can be uttered. A stop should at least be made at the simplest, most direct and most frequently used mode of expression, the oral proffering of a threat face to face, especially as it appears never to have amounted to a criminal offence.

*Per* Martland, Judson and Pigeon JJ., *dissenting*: The word "otherwise" in s. 331(1) includes an oral threat made face to face. There is no valid reason for

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Ralph Nabis** *Intimé.*

1974: le 6 mars; 1974: le 28 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel—Menace verbale de causer des blessures faite face à face—N'est pas une infraction au Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 331(1)a).*

L'intimé a été trouvé coupable d'avoir proféré, en parlant à une certaine personne, la menace de lui causer des blessures, contrevenant par là à l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 331 du *Code criminel*. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté la déclaration de culpabilité et c'est contre cette décision que l'appelante se pourvoit. La question en litige est de savoir si les mots «ou autrement» du par. (1) de l'art. 331 visent des menaces purement verbales faites directement ou face à face par celui qui les profère à celui à qui elles s'adressent.

*Arrêt* (les juges Martland, Judson et Pigeon dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Le* juge en chef Laskin et *les* juges Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré: Pour en arriver à la conclusion que l'art. 331 ne vise pas les menaces purement verbales faites face à face, il suffit d'être fidèle à la technique employée par le législateur pour délimiter l'infraction. La définition de l'infraction énumère spécifiquement, quoique de façon non exhaustive, un certain nombre de moyens d'extérioriser une menace. Le caractère non exhaustif de l'énumération n'a pas pour rôle de faire disparaître la technique même employée par le législateur pour délimiter l'infraction et pour effet de supprimer ainsi toute délimitation. Il faut donc s'arrêter quelque part parmi les moyens qu'il peut y avoir de proférer des menaces. On devrait s'arrêter au moins au moyen d'expression le plus simple, le plus direct et le plus courant de tous, l'expression verbale d'une menace faite face à face, d'autant plus que ce moyen ne semble jamais avoir suffi à constituer un acte criminel.

*Les* juges Martland, Judson et Pigeon, *dissidents:* Le mot «autrement» au par. (1) de l'art. 331 vise une menace orale faite face à face. Il n'y a pas de motif

reading this enactment otherwise than literally. There is no ambiguity whatsoever, it covers any threat of the kind that is specified, the word "otherwise" being completely general.

The fact that oral threats are already covered in certain cases under other sections is no reason for putting a restrictive construction on the wording of a section written in general terms.

APPEAL by the Crown from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan[1], allowing an appeal from the conviction of the accused under s. 331(1)(*a*) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Martland, Judson and Pigeon JJ. dissenting.

*K. W. MacKay*, for the appellant.

*T. G. Graf*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Ritchie, Spence, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

BEETZ J.—The facts of the present case are reported elsewhere: *Regina v. Nabis*[1]. It will suffice to summarize them. Respondent was found guilty of having, by speaking to one Donald Brown, uttered a threat to cause injury to said Brown, contrary to s. 331 (1)(*a*) of the *Criminal Code*.

The Saskatchewan Court of Appeal set aside the conviction and appellant appealed to this Court from that decision.

Counsel for the appellant submitted that the Court of Appeal had erred in holding that oral threats made face to face do not constitute an offence prohibited by s. 331 of the *Criminal Code* and that there could be no offence under this provision unless there had been recourse to some instrument or means of communication. Appellant also submitted that the Court of Appeal erred in following the reasoning of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Wallace*[2], rather than that of the High Court of

[1] [1973] 5 W.W.R. 351, 12 C.C.C. (2d) 268.
[2] (1970), 74 W.W.R. 763, 1 C.C.C. (2d) 42.

valable de s'écarter du sens littéral. La disposition ne contient aucune ambiguïté quelconque, elle vise toute menace de la nature indiquée, le mot «autrement» ayant un sens tout à fait général.

Le fait que les menaces verbales soient déjà visées dans certains cas par d'autres articles n'est pas une raison d'interpréter de façon restrictive un article rédigé en termes généraux.

POURVOI du Ministère public à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan[1] accueillant un appel d'une déclaration de culpabilité de l'accusé sous l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 331 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, les juges Martland, Judson et Pigeon étant dissidents.

*K. W. Mackay*, pour l'appelante.

*T. G. Graf*, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Les faits de cette cause sont rapportés ailleurs: *R. v. Nabis*.[1] Il suffira de les résumer. L'intimé a été trouvé coupable d'avoir proféré, en parlant à un certain Donald Brown, la menace de lui causer des blessures, contrevenant par là à l'art. 331 (1) *a*) du *Code criminel*.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté cette déclaration de culpabilité et c'est contre cette décision que l'appelante se pourvoit.

Selon le procureur de l'appelante, la Cour d'appel aurait erré en tenant que des menaces verbales faites face à face ne constituent pas une infraction prohibée par l'art. 331 du *Code criminel* et que l'on ne saurait enfreindre cette disposition sans se servir de quelque instrument ou moyen de communication. L'appelante soutient également que la Cour d'appel a suivi à tort le raisonnement de la Cour d'appel de la Colombie Britannique dans l'arrêt *R. v. Wallace*[2], plutôt que celui de la Haute Cour d'Ontario

[1] [1973] 5 W.W.R. 351, 12 C.C.C. (2d) 268.
[2] (1970), 74 W.W.R. 763, 1 C.C.C. (2d) 42.

Ontario in *R. v. DiLorenzo*[3].

Section 331 of the *Criminal Code* reads as follows:

**331.** (1) Every one commits an offence who by letter, telegram, telephone, cable, radio, or otherwise, knowingly utters, conveys or causes any person to receive a threat

(*a*) to cause death or injury to any person, or

(*b*) to burn, destroy or damage real or personal property, or

(*c*) to kill, maim, wound, poison or injure an animal or bird that is the property of any person.

(2) Every one who commits an offence under paragraph (1)(*a*) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

(3) Every one who commits an offence under paragraph (1)(*b*) or (*c*) is guilty of

(*a*) an indictable offence and is liable for imprisonment for two years, or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

What the Court must decide is whether the words "or otherwise" in s. 331 (1) are intended to cover purely oral threats made directly or face to face by the person who utters them to the person they are aimed at.

In the *Wallace* case, the accused had been charged with having, in the presence of a witness, uttered a threat to cause death or injury to another person, but the indictment did not specify the means by which the threat was uttered. At the outset of the trial the indictment was quashed for reasons which are not reported. The Crown appealed. The only question before the Court of Appeal of British Columbia was the following: did the indictment disclose an offence known to the law? Branca J.A., speaking for the Court, said that even though, generally, an indictment is not required to specify the means by which an offence is committed, the matter stands on a different basis where a section makes such means an element of the offence; further, in his opinion the words "let-

[3] [1972] 1 O.R. 876, 6 C.C.C. (2d) 30.

dans l'arrêt *R. v. DiLorenzo*[3].

L'article 331 du *Code criminel* se lit comme suit:

**331.** (1) Commet une infraction quiconque sciemment, par lettre, télégramme, téléphone, câble, radio ou autrement, profère, transmet ou fait recevoir par une personne une menace

*a*) de causer la mort ou des blessures à quelqu'un, ou

*b*) de brûler, détruire ou endommager des biens meubles ou immeubles, ou

*c*) de tuer, mutiler, blesser, empoisonner ou estropier un animal ou un oiseau qui est la propriété de quelqu'un.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque commet une infraction visée par l'alinéa (1)*a*).

(3) Quiconque commet une infraction prévue par l'alinéa (1)*b*) ou *c*) est coupable

*a*) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, ou

*b*) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Il s'agit de décider si les mots «ou autrement» de l'art. 331(1) visent des menaces purement verbales faites directement ou face à face par celui qui les profère à celui à qui elles s'adressent.

Dans l'arrêt *Wallace*, l'accusé avait été inculpé d'avoir, en présence d'un témoin, menacé de causer la mort d'une autre personne ou de la blesser, mais l'acte d'accusation ne mentionnait pas le mode d'extériorisation de cette menace. Dès le début du procès, l'acte d'accusation fut cassé pour des motifs qui ne sont pas rapportés. La Couronne interjeta appel. La seule question que la Cour d'appel de la Colombie Britannique avait à trancher était la suivante: l'acte d'accusation dénonçait-il un acte criminel inconnu des lois? Monsieur le juge Branca, au nom de la Cour, exprima l'avis que même si, en règle générale, il n'est pas requis qu'un acte d'accusation exprime le moyen particulier par lequel un acte criminel a été commis, il en va autrement lorsqu'une disposition fait de

[3] [1972] 1 O.R. 876, 6 C.C.C. (2d) 30.

ter, telegram, telephone, cable, radio" used in s. 331 refer to a category of means of communication, all of which are not mentioned in the section, and "or otherwise" must be restrictively construed so as not to extend outside of this category. In other words, Branca J.A. applied *the ejusdem generis* rule. The appeal was accordingly dismissed.

In the *DiLorenzo* case the accused had been charged with having, by procuring one Norman Menezes to make the threat, threatened to cause injury to a certain Richard Zavitz and his family. Replying on *Wallace,* the accused moved before the presiding judge that the jury be directed to bring in a verdict of acquittal on the ground that he was charged with an offence unknown to the law. Keith J., of the High Court of Ontario, treated as *obiter* the consideration of the *ejusdem generis* rule in the *Wallace* case; in his opinion, the indictment could have been quashed merely on the basis that the specific means by which the threat had been expressed by the accused was not referred to in the indictment. Besides, he differed with the British Columbia Court of Appeal and was of the opinion that the words "or otherwise" in s. 331 ought to be interpreted as meaning "or in any other way". He declined to direct an acquittal.

In the instant case in the Court of Appeal, Hall J.A.—with whom Woods J.A. concurred—after setting out his analysis of s. 331, and the history thereof, and comparing it with other *Criminal Code* provisions which make it an offence to utter threats if a particular purpose is proven, opted in favour of the interpretation given in *Wallace* rather than that given in *DiLorenzo.* He held further that the acts charged against the accused in the *DiLorenzo* and *Wallace* cases could be distinguished from the act charged here in that they involved threats meant to be communicated to the victim through or by a third person instead of a threat made face to

ce moyen un élément de l'infraction; de plus, selon lui, les mots «lettre, télégramme, téléphone, câble, radio» de l'art. 331 réfèrent à une catégorie de moyens de communication qui ne sont pas tous mentionnés par cette disposition et les mots «ou autrement» doivent recevoir l'interprétation restrictive qui les empêche de s'étendre au-delà de cette catégorie. En d'autres termes, Monsieur le juge Branca appliquait la règle d'interprétation *ejusdem generis.* L'appel fut donc rejeté.

Dans l'affaire *DiLorenzo,* l'accusé était inculpé d'avoir, par le truchement d'un dénommé Norman Menezes, menacé un certain Richard Zavitz de lui causer des blessures à lui ainsi qu'aux membres de sa famille. S'appuyant sur l'arrêt *Wallace,* l'accusé demanda au juge qui présidait à son procès de donner au jury la directive de l'acquitter au motif qu'il était inculpé d'un acte que la loi ne défend pas. Monsieur le juge Keith, de la Haute Cour d'Ontario considéra l'application de la règle *ejusdem generis* dans l'arrêt *Wallace* comme un *obiter dictum*: il suffisait selon lui, pour annuler l'acte d'accusation, que ce dernier ne mentionnât point le moyen particulier pris par l'accusé pour exprimer ses menaces. Du reste, il différa d'avec la Cour d'appel de la Colombie Britannique et il exprima l'avis que les mots «ou autrement» de l'art. 331 devaient s'interpréter comme s'ils se lisaient «ou de n'importe quelle autre façon». Il refusa de donner au jury la directive d'acquitter l'accusé.

Dans la présente affaire, en Cour d'appel, Monsieur le juge Hall—Monsieur le juge Woods partage son opinion—après avoir fait l'exégèse et l'historique de l'art. 331, et l'avoir comparé à d'autres dispositions du *Code criminel* qui prohibent les menaces faites dans un but particulier, opte pour l'interprétation de l'arrêt *Wallace* plutôt que pour celle de l'arrêt *DiLorenzo.* Il tient de plus que les actes reprochés à l'accusé dans l'arrêt *DiLorenzo* et dans l'arrêt *Wallace* se distinguent de celui qui nous concerne en ce qu'ils comportaient des menaces destinées à être communiquées à la victime par un tiers plutôt qu'une menace faite face à face.

face. Brownridge J.A. for his part rejected the latter distinction. In his view, one had to choose between the two interpretations above mentioned, and, for reasons pertaining to the history of the legislation, he adopted the interpretation which had prevailed in the *Wallace* case.

It is certain that, taken literally, the words "or otherwise" in s. 331 may have a sufficiently broad meaning to embrace purely oral threats made face to face. This is one of the arguments put forward by counsel for the appellant.

In their present form, the provisions of s. 331 date back to the Statutes of 1960-61, c. 43, s. 10, which repealed the former s. 316, adopted by the 1953-54, c. 51, revision. This latter section read as follows:

**316.** (1) Every one commits an offence who sends, delivers, utters or directly or indirectly causes any, person to receive

(*a*) a letter or writing that he knows contains a threat to cause death or injury to any person; or

(*b*) a letter or writing that he knows contains a threat

(i) to burn, destroy or damage real or personal property, or

(ii) to kill, maim, wound, poison or injure an animal or bird that is the property of any person.

(2) Every one who commits an offence under paragraph (*a*) of subsection (1) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

(3) Every one who commits an offence under paragraph (*b*) of subsection (1) is guilty of

(*a*) an indictable offence and is liable to imprisonment for two years, or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

These provisions had their origins in statutes of 1869 which rendered uniform the law of the various Provinces respecting offences against the person and property rights: *Offences Against the Person Act*, 1869 (Can.), c. 20, s. 15, and *Malicious Injuries to Property*, 1869 (Can.), c. 22, s. 58. These, in turn, were derived

Monsieur le juge Brownridge, lui, ne retient pas cette dernière distinction. Il estime qu'il faut choisir entre les deux interprétations précitées et c'est pour des raisons qui tiennent à l'histoire de la législation qu'il choisit l'interprétation qui avait prévalu dans l'arrêt *Wallace*.

Il est certain que, pris littéralement, les mots «ou autrement» de l'art. 331 sont susceptibles d'avoir un sens suffisamment étendu pour embrasser les menaces purement verbales faites face à face. C'est là un des arguments du procureur de l'appelante.

Dans leur forme actuelle, les dispositions de l'art. 331 datent des Statuts de 1960-61, c. 43, à l'art. 10, lequel abrogeait l'art. 316 qui avait été adopté lors de la revision de 1953-54, c. 51. Ce dernier article se lisait comme suit:

**316.** (1) Commet une infraction, quiconque envoie, remet ou fait circuler, ou fait directement ou indirectement recevoir par une personne

*a*) une lettre ou un écrit qu'il sait contenir une menace de causer la mort ou des blessures à quelqu'un; ou

*b*) une lettre ou un écrit qu'il sait contenir une menace

(i) de brûler, détruire ou endommager des biens immeubles ou réels ou des biens meubles ou personnels; ou

(ii) de tuer, mutiler, blesser, empoisonner ou estropier un animal ou un oiseau qui est la propriété d'une personne.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque commet une infraction visée par l'alinéa *a*) du paragraphe (1).

(3) Quiconque commet une infraction prévue à l'alinéa *b*) du paragraphe (1) est coupable

*a*) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, ou

*b*) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Ces dispositions avaient pour sources des statuts de 1869 qui uniformisaient le droit des diverses provinces en ce qui concerne les infractions contre la personne et les droits de propriété: *Acte concernant les offenses contre la Personne*, 1869 (Can.), c. 20, art. 15, et *Acte concernant les dommages malicieux à la Pro-*

from English statutes such as the *Offences against the Person Act*, 1861 (U.K.), c. 100, s. 16:

> Whosoever shall maliciously send, deliver or utter, or directly or indirectly cause to be received, knowing the content thereof, any letter or writing threatening to kill or murder any person, shall be guilty of felony, and being convicted thereof shall be liable, at the discretion of the Court, to be imprisoned for any term not exceeding ten years.

Before the 1960-61 amendment therefore, the *Criminal Code*, in s. 316, dealt only with threats made by a letter or writing. The 1960-61 amendment no longer refers to a writing but it prohibits the uttering of threats by letter, telegram, telephone, cable, radio, or otherwise. Moreover, the structure of the sentence containing the prohibition has been altered: under the 1953-54 wording, a person commits an offence when he ". . . utters . . . a letter or writing that he knows contains a threat . . .", whereas, since the 1960-61 amendment, "every one commits an offence who by letter . . . or otherwise, knowingly utters . . . a threat . . .". So counsel for the appellant submitted a second argument: it is the threat itself which is now prohibited whatever means are adopted to express it whereas, before 1960-61, the statute merely prohibited the uttering of a letter or writing which was known to contain a threat.

Finally, appellant's counsel pleaded that a purely oral threat made face to face can be serious enough to warrant prohibition. And, he argued, it is apparently not an offence under any other provision of the *Criminal Code*. In this regard, appellant's counsel urged that mere words cannot, under s. 244, amount to an assault, a proposition which is generally accepted though it may sometimes be disputed: Glanville Williams, "Assault and Words", [1957] Crim. L.R. 219. He urged further that s. 745, under which the person making the threat could be forced to enter into a recognizance to keep the peace, is a section which does not create an offence.

*priété*, 1869 (Can.), c. 22, art. 58. Ceux-ci, à leur tour, s'inspiraient de la législation anglaise telle le *Offences against the Person Act*, 1861 (R.-U.), c. 100, art. 16:

> [TRADUCTION] Quiconque envoie, délivre ou émet malicieusement, ou fait directement ou indirectement recevoir quelque lettre ou écrit, dont il connaît le contenu, menaçant de tuer ou assassiner quelqu'un, est coupable de félonie, et, sur déclaration de culpabilité, est passible à la discrétion de la cour, d'une incarcération pour une durée n'excédant pas dix ans.

Avant la modification de 1960-61, le *Code criminel*, à l'art. 316, ne traitait donc que des menaces faites au moyen d'une lettre ou d'un écrit. La modification de 1960-61 ne mentionne plus l'écrit mais elle interdit de proférer des menaces par lettre, télégramme, téléphone, câble, radio ou autrement. De plus, la structure de la phrase qui contient la prohibition a été modifiée: selon le texte de 1953-54, est coupable de l'infraction celui qui « . . . fait circuler . . . une lettre ou un écrit qu'il sait contenir une menace . . .», tandis que, depuis la modification de 1960-61, commet une infraction «quiconque, sciemment, par lettre . . . ou autrement, profère . . . une menace». Le procureur de l'appelante invoque donc un deuxième argument: c'est la menace elle-même qui serait maintenant interdite quel que soit le moyen que l'on prenne pour l'extérioriser, tandis qu'avant 1960-61, la loi ne prohibait que le fait de faire circuler une lettre ou un écrit que l'on savait contenir une menace.

Le procureur de l'appelante plaide enfin qu'une menace purement verbale faite face à face peut être assez sérieuse pour qu'on l'interdise. Or elle n'est apparemment défendue par aucune autre disposition du *Code criminel*. A ce sujet, le procureur de l'appelante soutient que de simples paroles ne peuvent, selon l'art. 244, constituer des voies de fait, proposition assez généralement acceptée, encore qu'elle soit parfois remise en question: Glanville Williams, «Assault and Words», [1957] Crim. L.R. 219. Il soutient de plus que l'art. 745, par lequel on pourrait contraindre l'auteur de cette menace à contracter l'engagement de ne pas troubler la paix, est un article qui ne crée pas d'infraction.

Nevertheless, a simple analysis of the wording of s. 331 is far from being wholly supportive of appellant's theory.

One can indeed ask why Parliament would take the trouble to enumerate, even in a manner which is not exhaustive, various means of expressing or conveying threats if its purpose was to prohibit threats by whatever means they are uttered: the words "by letter, telegram, telephone, cable, radio, or otherwise" would then serve no purpose in s. 331 other than to enlighten the reader by a list of examples which not only would not be limiting but would logically not even refer to essential elements of the offence.

It appears rather, upon reading the 1960-61 amendment, that Parliament intended to include in its prohibition an increased number of means whereby threats can be expressed or conveyed, having regard to the advances of technology, which does not necessarily mean that it intended to make a new type of offence the main object of which would be the threat itself, however expressed.

I am reinforced in this view by the fact that the conduct with which respondent is charged did not constitute a statutory offence prior to 1960-61. It may be noted also that such conduct does not appear to have constituted an offence at common law either: Brownridge J.A. in the Court of Appeal quoted the following passage from the U.S. Corpus Juris Secundum, vol. 86, p. 787:

"At common law a mere threat was not a criminal offence, at least when made in words not written, and without intent thereby to influence the acts of the person threatened, although it might be sufficient to invoke security to keep the peace".

The question has been asked why purely oral threats should not be prohibited. Some have reasoned that a person who goes to the trouble of writing a threatening letter, for example, has already proceeded from words to deeds and

Pourtant, la simple analyse du texte de l'art. 331 est loin d'être complètement favorable à la thèse de l'appelante.

On se demande en effet pourquoi le législateur se donnerait la peine d'énumérer, même d'une façon qui n'est pas limitative, divers moyens d'exprimer ou de transmettre une menace si son but était de prohiber cette menace par quelque moyen qu'elle se manifeste: les mots «par lettre, télégramme, téléphone, câble, radio ou autrement» seraient inutiles dans l'art. 331, sauf pour éclairer le lecteur par une liste d'exemples auxquels non seulement il ne faudrait pas se restreindre, mais qui logiquement ne référeraient même pas à des éléments essentiels de l'infraction.

Il semble plutôt, à la lecture de la modification de 1960-61, que le législateur ait eu l'intention d'embrasser dans sa prohibition un nombre accru de moyens d'exprimer ou de transmettre des menaces, compte tenu des progrès de la technologie, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il ait voulu créer une infraction de type nouveau dont l'objet principal serait la menace elle-même, exprimée par quelque moyen que ce soit.

Je suis renforcé dans cette opinion par le fait que le comportement reproché à l'intimé ne constituait pas statutairement une infraction avant 1960-61. On peut noter également que ce comportement ne paraît pas non plus avoir constitué une infraction en *common law*: Monsieur le juge Brownridge, de la Cour d'appel, cite le passage suivant du U.S. Corpus Juris Secundum, vol. 86, p. 787:

[TRADUCTION] En *common law*, une simple menace ne constituait pas une infraction criminelle, à tout le moins lorsqu'elle était faite en termes non écrits, et sans intention d'influencer par là le comportement de celui à qui elle s'adressait, bien qu'elle pût être suffisante pour autoriser ce dernier à requérir un engagement de ne pas troubler la paix.

On s'est interrogé sur les raisons pour lesquelles les lois n'interdiraient pas les menaces purement verbales. Certains ont pensé que celui qui se donne la peine d'écrire une lettre de menaces, par exemple, a déjà commencé de passer des

thereby manifested his resolve. Also, the use of certain means may conceal the identity of the person making the threat or prevent the prospective victim from judging what steps he can take to ensure his safety. Lastly, it is possible that resort to any means other than the one which human beings most usually employ to communicate with each other is likely to amplify the threat, something which Parliament would seek to prevent.

Be that as it may, the offence contemplated in s. 331 is remarkable in many respects. For the offender to be guilty of it, it does not matter whether or not he intended to carry out his threat (*R. v. Syme*[4]; *R. v. Johnson*[5]), or that he acted for any specific purpose. His motives are not relevant (*R. v. Solanke*[6]). Whether the threat raised the possibility of imminent or remote danger is equally of no consequence. Nor is the effect of the threat on the prospective victim: it is not even necessary that the person threatened be ever aware of the fact that he was threatened.

The offence contemplated in s. 331 differs in those respects from most other offences involving threats as the particular objective aimed at is an essential element of the latter; it also differs from another offence in some respects closely related to it, namely, that of attempting or threatening, by an act or gesture, to apply force to the person of another, for the commission of which the offender must have a present ability to effect his purpose or cause the other party to believe on reasonable grounds that he has such ability: *Criminal Code*, s. 244(*b*).

The offence prohibited by s. 331 is of singular flexibility. One may say that it consists of the simple expression of a thought. That the expression of a thought, albeit a sinister one, should of itself constitute a serious crime, regardless of the form it takes, the motives of its author, and

[4] (1911), 27 T.L.R. 562.
[5] (1913), 9 Cr. App. R. 57.
[6] [1970] 1 W.L.R. 1.

paroles aux actes et par là manifesté sa détermination. L'usage de certains moyens peut de plus dissimuler l'identité de celui qui fait la menace ou empêcher la victime éventuelle de juger des moyens qu'elle pourrait prendre pour assurer sa sécurité. Il se peut enfin que l'emploi de tout moyen autre que celui que les humains prennent le plus couramment pour communiquer les uns avec les autres est susceptible d'amplifier la menace, ce que le législateur chercherait à éviter.

Quoiqu'il en soit de ces hypothèses, l'infraction visée par l'art. 331 est remarquable à bien des égards. Pour que le contrevenant s'en rende coupable, il est indifférent qu'il ait ou non l'intention de mettre sa menace à exécution (*R. v. Syme*[4]; *R. v. Johnson*[5]), ou qu'il ait agi pour quelque dessein que ce soit. Ses motifs ne sont pas pertinents (*R. v. Solanke*[6]). Il est indifférent également que la menace fasse planer un danger imminent ou lointain. L'effet de la menace sur la victime éventuelle est, lui aussi, indifférent: il n'est même pas nécessaire que le destinataire de la menace sache jamais qu'il a été menacé.

L'infraction visée par l'art. 331 se distingue par là de la plupart des autres infractions comportant des menaces car le but particulier qui les inspire en constitue un élément essentiel; elle se distingue également d'une autre infraction comportant par ailleurs des affinités avec elle, soit l'infraction que commet celui qui tente ou menace, par un acte ou un geste, d'appliquer la force ou la violence à la personne d'autrui et pour la commission de laquelle il faut que le contrevenant soit en mesure actuelle d'accomplir son dessein ou qu'il porte sa victime à le croire pour des motifs raisonnables. Art. 244(*b*) *C. cr.*

L'infraction que prohibe l'art. 331 est d'une singulière plasticité. Elle peut être constituée par la simple extériorisation d'une pensée. Que l'extériorisation d'une pensée même sinistre constitue à elle seule un crime grave, abstraction faite de la forme qu'elle emprunte, des

[4] (1911), 27 T.L.R. 562.
[5] (1913), 9 Cr. App. R. 57.
[6] [1970] 1 W.L.R. 1.

its present or probable effects on the victim or on any other individual, seems to me to be contrary to the general economy of our criminal law and also likely to lead to many difficulties, for countless are those who do not weigh their words. I think it unlikely, in the absence of more definite language, that the statute intended this. Such an offence must almost of necessity be delimited. To achieve this result, two main techniques, among others, can be used, and they are not mutually exclusive. The one consists of taking into consideration the intent of the person making the threat or his ability to carry it out or to cause others to believe, on reasonable grounds, that he is able to do so; this is the technique generally used by Parliament in other cases of threats; and the other consists of taking into account the means used in expressing the threat, independently of the intent of the person uttering it, the ability he has to carry it out and the probable effect the threat will produce.

As is revealed by the history of the provision, it is this second technique that the legislator has always employed here, and it does not appear to me to have abandoned it in the present definition of the offence, which lists specifically, though not exhaustively, a number of means of expressing a threat. I do not think that the non-exhaustive nature of the listing is meant to do away with the very technique used by Parliament to delimit the boundaries of the offence and thereby to suppress all delimitation. A line must therefore be drawn at some point with respect to the means by which threats can be uttered. For my part, I would at least stop at the simplest, most direct and most frequently used mode of expression, the oral proffering of a threat face to face, especially as it appears never to have amounted to a criminal offence.

The Court of Appeal also noted an anomaly that would result from a construction of s. 331

motifs de son auteur et de ses effets actuels ou probables sur la victime ou sur toute autre personne, me paraît étranger à l'économie générale de notre droit criminel et pourrait en outre susciter bien des problèmes car innombrables sont ceux qui ne pèsent pas ce qu'ils disent. Il me semble peu probable, en l'absence d'une disposition plus claire, que telle soit l'intention de la loi. Une telle infraction en effet doit presque forcément être délimitée et, pour parvenir à cette fin, l'on peut employer, entre autres, deux techniques principales qui, d'ailleurs, ne sont pas exclusives l'une de l'autre. L'une d'entre elles consiste à faire état de l'intention de celui qui profère la menace, ou de sa capacité de la mettre à exécution ou de faire croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est en mesure de la mettre à exécution: c'est celle qui est employée généralement par le législateur pour les autres cas de menaces; l'autre technique consiste à tenir compte des moyens employés pour extérioriser cette menace, indépendamment de l'intention de celui qui la profère, de sa capacité de l'exécuter et de l'effet probable que la menace est susceptible de produire.

Comme le démontre l'histoire de la disposition, c'est cette seconde technique que le législateur a toujours employée ici et il ne me paraît pas s'en être écarté par la définition actuelle de l'infraction, laquelle énumère spécifiquement, quoique de façon non exhaustive, un certain nombre de moyens d'extérioriser une menace. Je ne crois pas que ce caractère non exhaustif de l'énumération ait pour rôle de faire disparaître la technique même employée par le législateur pour délimiter l'infraction et pour effet de supprimer ainsi toute délimitation. Il faut donc s'arrêter quelque part parmi les moyens qu'il peut y avoir de proférer des menaces. Pour ma part, je m'arrêterais au moins au moyen d'expression le plus simple, le plus direct et le plus courant de tous, l'expression verbale d'une menace faite face à face, d'autant plus que ce moyen ne semble jamais avoir suffi à constituer un acte criminel.

On a noté de plus en Cour d'appel une anomalie résultant d'une interprétation de l'art. 331 qui

extending its prohibition to purely oral threats. Such threats in fact often accompany an assault, *Criminal Code*, s. 244. If it is true that mere words cannot constitute an assault and that some overt act is necessary for an assault to be committed, it would follow that the purely oral threats prohibited by s. 331, unaccompanied by any threatening gesture, would constitute a more serious offence than assault. In some cases, therefore, uttering a threat might be treated more severely than carrying it out.

Other anomalies may be mentioned. Thus anyone who may have threatened to injure another person both in the circumstances and with the intent mentioned in s. 381 might be charged with threats, which is an indictable offence, or with intimidation, which is only an offence punishable on summary conviction, and prosecuted either under s. 331 or under s. 381, whereas anyone who actually caused injuries to another in the circumstances and with the intent stated in s. 381, without having first threatened his victim with this harm, could only be charged with intimidation.

Of course, such paradoxes do not by themselves constitute decisive arguments against appellant's contention: they may often occur as the result of the numerous overlappings in *the Criminal Code*. Yet, they deserve to be taken account of as legal interpretation must tend to integrate various enactments into a coherent system rather than towards their discontinuity.

In order to conclude that s. 331 does not cover purely oral threats made face to face, it suffices to fall into line with the technique used by Parliament in delimiting the offence. Reference to the *ejusdem generis* rule would not appear to be essential particularly if applying that rule should restrict the prohibition in s. 331 to the use of mechanical, electronic or physical means or instruments and exclude from its scope the use of messengers or other intermediary means. That is another question, which we are not called on to answer in the present case.

en étendrait la prohibition aux menaces purement verbales. De telles menaces en effet accompagnent souvent des voies de fait, *C. cr.* art. 244. Or s'il est exact que de simples paroles ne peuvent constituer des voies de fait et qu'un geste quelconque est nécessaire à leur commission, il en découlerait que des menaces purement verbales interdites par l'art. 331 mais qui ne seraient assorties d'aucun geste menaçant constitueraient une infraction plus grave que les voies de fait. En certains cas, l'expression d'une menace risquerait donc d'être traitée plus sévèrement que sa mise à exécution.

On peut songer à d'autres anomalies. Ainsi celui qui aurait menacé de causer des blessures à quelqu'un dans les circonstances et le dessein mentionnés à l'art. 381, pourrait être inculpé de menaces, ce qui est un acte criminel, ou d'intimidation ce qui n'est qu'une infraction, et poursuivi soit sous le régime de l'art. 331 soit sous celui de l'art. 381, tandis que celui qui aurait effectivement causé des blessures à quelqu'un, dans les circonstances et le dessein mentionnés à l'art. 381, sans avoir préalablement menacé sa victime de ce péril, ne pourrait plus être inculpé que d'intimidation.

Sans doute, de tels paradoxes ne constituent-ils pas en eux-mêmes des arguments décisifs contre la thèse de l'appelante: on risque d'en trouver souvent par suite des nombreux recoupements du *Code criminel*. Mais ils valent cependant d'être pris en considération car l'interprète des lois doit tendre à leur intégration en un système cohérent plutôt qu'à leur morcellement et à leur discontinuité.

Pour en arriver à la conclusion que l'art. 331 ne vise pas les menaces purement verbales faites face à face, il suffit d'être fidèle à la technique employée par le législateur pour délimiter l'infraction. Il ne paraît pas indispensable cependant d'avoir recours à la règle *ejusdem generis* surtout si, en invoquant cette règle, on devait limiter la prohibition de l'art. 331 à l'usage de moyens ou d'instruments mécaniques, électroniques ou matériels et exclure de sa portée l'emploi de messagers ou d'autres sortes de truchements. Il s'agit là d'une autre question à laquelle nous n'avons pas à répondre dans la présente affaire.

I feel I should also point out that the partial similarity of language in ss. 330 and 331 of the *Criminal Code* does not necessarily entail an identical interpretation in view of the specific element of intent used by Parliament to delimit the offence defined in s. 330.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Martland, Judson and Pigeon JJ. was delivered by

PIGEON J. (*dissenting*)—The question in this case is whether the word "otherwise" in s. 331(1) of the *Criminal Code* includes a threat made by word of mouth or is to be somehow restricted so as not to include such a threat made face to face. It is clear that, at common law, an oral threat was not an offence, although it could be the basis of an information on which a justice of the peace might require the defendant to enter into a recognizance to keep the peace, as is now contemplated in s. 745. It is also clear that, before the 1961 amendment, 331, then known as s. 316, referred only to *a letter or writing* containing a threat. However, the description of the offence presently covers explicitly not only the written word (*letter, telegram, cable*), but also the spoken word transmitted by electromagnetic waves (*telephone, radio*). It also covers threats uttered or conveyed *otherwise,* and the question really is whether any restriction is to be implied in this expression of general import.

In considering this question, one must bear in mind the basic change effected by the 1961 amendment. Previously, it was only a written message expressing a threat that was covered, not a threat in itself. A threat, as distinguished from a threatening act or gesture which comes under s. 244 (*b*), is an idea expressed in words. Therefore, it primarily means menacing spoken

Je crois devoir souligner de même que la similitude partielle de terminologie que l'on trouve à l'art. 330 et à l'art. 331 du Code criminel ne doit pas nécessairement entraîner une interprétation identique, compte tenu de l'élément intentionnel particulier auquel le législateur à recours pour délimiter l'infraction qu'il définit à l'art. 330.

Je rejetterais l'appel.

Le jugement des juges Martland, Judson et Pigeon JJ. a été rendu par

LE JUGE PIGEON (*dissident*)—La question en l'espèce est de savoir si, à l'art. 331(1) du *Code criminel*, le mot «autrement» vise une menace faite de vive voix ou doit s'interpréter de manière restrictive de façon à exclure ce genre de menace faite face à face. Il est clair qu'en *common law* une menace verbale ne constituait pas une infraction même si elle pouvait servir de fondement à une dénonciation à la suite de laquelle un juge de paix pouvait exiger du défendeur un engagement de ne pas troubler l'ordre public, comme le prévoit à l'heure actuelle l'art. 745. Il est également évident qu'avant la modification de 1961 l'art. 331, alors l'art. 316, ne mentionnait qu'*une lettre ou un écrit* contenant une menace. Toutefois, la description actuelle de l'infraction vise explicitement, non seulement tout ce qui est écrit (*lettre, télégramme, câble*), mais aussi les paroles transmises par ondes électromagnétiques (*téléphone, radio*). Elle vise également les menaces proférées ou transmises *autrement*, et la véritable question en fait est de savoir s'il y a quelque restriction sous-entendue dans cette expression de portée générale.

En examinant la question, il ne faut pas oublier que la modification de 1961 a apporté un changement fondamental. Antérieurement, la loi ne visait que le message écrit exprimant une menace, non la menace elle-même. Une menace, par opposition à l'acte ou au geste menaçant qui tombe sous le coup de l'al. *b*) de l'art. 244, est une idée exprimée par des mots. Par consé-

words, seeing that writings are graphic signs conveying the meaning of words. Thus, the basic change made in 1961 is that the section no longer covers only the written transcription of the threatening words, but the threatening words themselves whether uttered or conveyed by a message in writing, or by telephone or radio, or otherwise. The question then is: "Does the word 'otherwise' require the interposition of any mechanical, electrical or electronic means for delivering the threat?"

I cannot see any valid reason for reading this enactment otherwise than literally. There is no ambiguity whatsoever, it covers any threat of the kind that is specified, the word "otherwise" being completely general. Some may say: "But if this is so, why are five modes of transmission enumerated, are not those words made meaningless if "otherwise" is construed literally?" This objection fails on several grounds. There is first the cardinal rule that there should be no departure from the literal meaning unless there is some ambiguity. It follows that, only when a choice has to be made between several possible constructions, is special consideration to be given to a meaning whereby all words have some effect rather than a meaning whereby some words are deprived of any effect.

Also, it is at least as important to give effect to the word "otherwise" as to the words preceding it. By putting it in the enactment, Parliament has indicated that the enumeration is not complete. While some draftsmen may consider it undesirable to lengthen enactments by enumerating a number of things followed by "or otherwise", such a method of drafting is so common that it should not be cause for concern. Of course, there is always the *ejusdem generis* rule, but the enactment already including several methods of voice transmission, I fail to see what *genus* could be understood to be specified by the enumerated words which would include all those words, leave some scope for non-enumerated things, and yet exclude direct transmission of the human voice through the air face to face.

quent, elle désigne premièrement des paroles menaçantes car les écrits sont des signes graphiques du sens des mots. Le changement fondamental apporté en 1961 consiste donc en ce que l'article ne vise plus seulement la transcription des mots menaçants mais les mots menaçants eux-mêmes, qu'ils soient proférés ou transmis par message écrit, ou par téléphone ou radio, ou autrement. La question est donc: «Est-ce que le mot «autrement» exige l'interposition de quelque appareil mécanique, électrique ou électronique pour transmettre la menace?»

Je ne vois aucun motif valable de s'écarter du sens littéral. La disposition ne contient aucun ambiguïté quelconque, elle vise toute menace de la nature indiquée, le mot «autrement» ayant un sens tout à fait général. Certains diront: «Mais s'il en est ainsi, pourquoi prend-t-on la peine d'énumérer cinq modes de transmission, ces mots ne perdent-ils pas leur sens si l'on interprète littéralement le mot «autrement»?» L'objection ne tient pas pour plusieurs raisons. Il y a tout d'abord la règle fondamentale selon laquelle on ne doit pas s'écarter du sens littéral à moins qu'il y ait ambiguïté. Par conséquent, ce n'est que lorsqu'il faut faire un choix entre plusieurs interprétations possibles qu'il y a lieu de rechercher une signification qui donne un certain effet à tous les mots de préférence à celle qui en prive complètement quelques-uns.

De plus, il est au moins aussi important de donner effet au mot «autrement» qu'à ceux qui le précèdent. En le mettant dans la disposition dont il s'agit, le Parlement a indiqué que l'énumération était incomplète. Bien que certains rédacteurs estiment peu souhaitable d'allonger les textes législatifs par des énumérations suivies des mots «ou autrement», cette méthode de rédaction est si habituelle qu'on ne devrait pas s'en inquiéter. Évidemment, la règle *ejusdem generis* existe toujours, mais comme la disposition en cause vise déjà plusieurs modes de transmission orale, je ne vois pas quel pourrait être le genre qui comprendrait tous les mots énumérés, laisserait place à des choses non énumérées et exclurait néanmoins la transmission directe de la voix humaine face à face.

That this is a complete departure from common law principles creates no difficulty in my view. The present *Criminal Code* has done away with the common law entirely as far as the definition of offences is concerned. It is, therefore, to be looked upon purely as a statutory enactment. By the 1961 amendment, Parliament clearly indicated the intention to change the law. There is no presumption that the law was not intended to be changed to the full extent indicated by the words used.

Que cela s'écarte radicalement des principes de *common law* ne crée à mon avis aucune difficulté. Le *Code criminel* actuel a complètement éliminé la *common law* en ce qui concerne la définition des infractions. Il faut, par conséquent, l'envisager uniquement comme une loi du Parlement. Par la modification de 1961, le Parlement a indiqué clairement son intention de modifier le droit. On ne doit pas présumer qu'il n'a pas voulu le modifier dans toute la mesure que comporte le texte.

With respect to obstruction of the course of justice, s. 127(3) makes no distinction between written or oral threats. Similarly, with respect to extortion, s. 305 makes no distinction between written or oral threats. Is it not perfectly logical that no distinction should now be made concerning threats uttered for a purpose other than obstructing justice or extorting something? There is also no distinction made as to the mode of making threats in s. 381(1)(*a*) and (*b*) dealing with intimidation in the context of industrial disputes. While the two other crimes just mentioned are serious indictable offences involving a maximum penalty of ten years and fourteen years respectively, intimidation under s. 381 is a summary conviction offence. Now s. 331 makes a distinction with respect to the penalty between threats to cause death or injury to a person (subs. 1(*a*)) and other threats (subs. 1(*b*) or (*c*)). In the first case, the offence is indictable and the maximum penalty is ten years. In the other cases, there is the option of an indictment under which the maximum penalty is two years or a summary conviction under which the maximum penalty is a fine of $500 or 6 months, or both (s. 722(1)).

En ce qui concerne l'entrave au cours de la justice, l'art. 127(3) ne fait aucune distinction entre les menaces écrites ou verbales. De même, pour l'extorsion, l'art. 305 ne fait aucune distinction entre les menaces écrites ou verbales. N'est-il pas tout à fait logique de ne plus faire maintenant aucune distinction en ce qui concerne les menaces proférées dans un but autre que celui d'entraver la justice ou d'extorquer quelque chose? On ne fait aucune distinction non plus sur la manière de faire les menaces, à l'art. 381(1)*a*) et *b*) qui traite de l'intimidation en matière de conflits du travail. Alors que les deux autres crimes qui viennent juste d'être mentionnés sont de graves actes criminels qui entraînent respectivement une peine maximale de dix et de quatorze ans d'emprisonnement, l'intimidation visée à l'art. 381 est une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Mais l'art. 331 fait une distinction, quant à la peine infligée, entre les menaces de causer la mort ou des blessures corporelles à quelqu'un (par. (1) al. *a*)) et d'autres menaces (par. (1) al. *b*) ou *c*)). Dans le premier cas, l'infraction est punissable sur acte d'accusation et la peine maximale est un emprisonnement de dix ans. Dans les autres cas, il y a le choix entre, un acte d'accusation qui entraîne une peine maximale de deux ans d'emprisonnement, et une déclaration sommaire de culpabilité qui entraîne une peine maximale de $500 d'amende ou 6 mois d'emprisonnement, ou les deux (art. 722(1)).

From the above, it is apparent that whichever way s. 331 is construed, there is some overlap-

Il ressort de ce qui précède que, quelle que soit la façon dont on interprète l'art. 331, il fait

ping with s. 127(3), s. 305 or s. 381(1) in many cases. It is now settled by our recent judgment in *Lafrance v. The Queen*[7] that the Code is not to be construed so as to avoid any duplication or overlapping in the definition of offences. Therefore, it seems to me that the fact that oral threats are already covered in certain cases under other sections is no reason for putting a restrictive construction on the wording of a section written in general terms. It is to be noted that the duplication found to exist in the *Lafrance* case arose out of a major departure from common law principles. Larceny involved the intention of misappropriating definitively someone else's property. However, the definition of "theft" in our *Criminal Code* extends to a taking with intent to deprive the owner of the thing *temporarily* or *absolutely*. For this reason, it was held that the taking of an automobile for a joy ride was theft, although it might also be prosecuted as a summary conviction offence under s. 295. This does not mean that the offender can be convicted of both offences, because a conviction for a substantially similar offence will bar any other conviction, as decided in *Kienapple v. The Queen* (Feb. 12, 1974)[8].

There are not many cases on s. 331 subsequent to the 1961 amendment. In *R. v. Wallace*[9], the British Columbia Court of Appeal upheld an order quashing an indictment charging only that the accused did utter threat to cause death or injury to a named person. Branca J.A. speaking for the Court, said (at pp. 43, 44):

Generally speaking, a count is not insufficient by reason of the fact that it does not specify the means by which an alleged offence is committed but where the means by which an act is done is an essential

[7] (1973), 23 C.R.N.S. 100, 13 C.C.C. (2d) 289.
[8] [1975] 1 S.C.R. 729.
[9] (1970), 1 C.C.C. (2d) 42.

double emploi avec les articles 127(3), 305 ou 381(1) dans bien des cas. Il est maintenant établi par notre récent jugement dans l'affaire *Lafrance c. la Reine*[7] que le Code ne doit pas être interprété de manière à éviter tout double emploi dans la définition des infractions. Par conséquent, il me semble que le fait que les menaces verbales soient déjà visées dans certains cas par d'autres articles n'est pas une raison d'interpréter de façon restrictive un article rédigé en termes généraux. A noter que le double emploi constaté dans l'affaire *Lafrance* provient d'une dérogation importante aux principes de *common law*. Le vol (*larceny*) impliquait l'intention de s'approprier définitivement le bien d'autrui. Mais la définition du mot «vol» dans notre *Code criminel* s'étend au fait de prendre une chose avec l'intention d'en priver son propriétaire *temporairement ou absolument*. C'est pourquoi on a statué que le fait de prendre une automobile sans autorisation pour faire une promenade est un vol, bien que cela puisse également être considéré comme une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité en vertu de l'art. 295. Cela ne veut pas dire que l'auteur de l'infraction peut être déclaré coupable des deux infractions à la fois, car une condamnation pour une infraction qui est en substance la même, empêche toute autre condamnation, comme il a été décidé dans l'affaire *Kienapple c. la Reine* (12 février 1974)[8].

On ne relève pas beaucoup d'arrêts sur l'article 331 après la modification de 1961. Dans l'affaire *R. v. Wallace*[9], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé une ordonnance qui annulait un acte d'accusation imputant uniquement d'avoir proféré la menace de causer la mort de la personne nommée dans l'acte, ou de la blesser. M. le juge d'appel Branca, qui s'est exprimé au nom de la Cour, a dit (aux pages 43, 44):

[TRADUCTION] De façon générale, un chef d'accusation n'est pas insuffisant du seul fait qu'il ne précise pas le moyen par lequel l'infraction est commise, mais lorsque ce moyen est un élément essentiel de

[7] (1973), 23 C.R.N.S. 100, 13 C.C.C. (2d) 289.
[8] [1975] 1 R.C.S. 729.
[9] (1970), 1 C.C.C. (2d) 42.

ingredient of the offence as defined in any section then its absence from the indictment stands on a different basis.

. . . . .

. . . in my judgment whatever may be the broader meaning of the general words "or otherwise" as used in s. 316(1) if the *ejusdem generis* rule does not apply is immaterial as in context they do in fact follow the words "letter, telegram, telephone, cable, radio" which enumeration of means of communication are all specimens of a genus or category of communication that is not exhaustive and therefore "or otherwise" as used in the context must be restricted to some means of communication not specifically spelled out in the section, but within the genus or category created.

With respect, I cannot agree that "means of communication" do not include voice communication. In *Saumur v. The City of Quebec*[10], the question was the validity of a city by-law forbidding distribution of "any book, pamphlet, booklet, circular, tract". Rand J. said (at p. 332):

That public ways, in some circumstances the only practical means available for any appeal to the community generally, have from the most ancient times been the avenues for such communications, is demonstrated by the Bible itself: in the 6th verse of ch. xi of Jeremiah these words appear: "Proclaim all these words in the cities of Judah, and in the streets of Jerusalem"; (My emphasis.)

Branca J. also objected to the literal construction (at p. 44):

If such were the case then the situation that appalled the learned trial Judge in the Court below would in reality result, that is that one who uttered a threat to another with the present ability to effect his purpose could be charged under s. 230 and would be liable to a comparatively lesser period of imprisonment as a maximum punishment than where he had uttered a threat without the present ability to effect his purpose, in which event he could be imprisoned for up to 10 years.

[10] [1953] 2 S.C.R. 299.

l'infraction définie dans un article, alors le manque de précision de l'acte d'accusation se situe à un niveau différent.

. . . . .

. . . à mon avis, il n'y a pas lieu de considérer quel peut être au par. (1) de l'art. 316 le sens plus large de l'expression générale «ou autrement» si la règle *ejusdem generis* ne s'applique pas. En effet, dans le contexte, l'expression fait suite aux mots «lettre, télégramme, téléphone, câble, radio», une énumération de moyens de communication qui constituent tous des espèces différentes d'un genre ou d'une catégorie de communications qui ne comprend pas tout. Par conséquent l'expression «ou autrement» dans ce contexte doit être restreinte à certains moyens de communication qui ne sont pas spécifiés en toutes lettres à l'article, mais qui entrent dans le genre ou dans la catégorie créée.

Avec respect, je ne peux admettre que les «moyens de communication» ne comprennent pas la communication de vive voix. Dans l'affaire *Saumur c. la Ville de Québec*[10], la question portait sur la validité d'un règlement municipal interdisant la distribution d'«aucun livre, pamphlet, brochure, circulaire, fascicule». M. le juge Rand a dit (à la p. 332):

[TRADUCTION] La Bible elle-même démontre que les voies publiques, dans certaines circonstances les seuls moyens pratiques disponibles pour un appel général à la collectivité, ont été depuis les temps les plus anciens les avenues de telles *communications*: au 6e verset du chapitre xi de Jérémie apparaissent ces mots: «Proclame toutes ces paroles dans les villes de Juda et dans les rues de Jérusalem»; (J'ai mis un mot en italique.)

M. le juge Branca objecte également à l'interprétation littérale (à la p. 44):

[TRADUCTION] Si tel était le cas on pourrait voir en réalité la situation qui provoque la consternation du premier juge: celui qui aurait proféré des menaces à une autre personne tout en étant au moment même en mesure d'accomplir son dessein pourrait être inculpé en vertu de l'art. 230 et serait passible d'une peine maximale d'emprisonnement moins longue que s'il avait proféré une menace sans être au moment même en mesure d'accomplir son dessein, car, en ce cas, il serait passible d'une peine pouvant aller jusqu'à dix ans d'emprisonnement.

[10] [1953] 2 R.C.S. 299.

It must first be pointed out that what was then known as s. 230, and now is s. 244, does not have reference to oral threats. It reads:

> 244. A person commits an assault when, without the consent of another person or with consent, where it is obtained by fraud,
>
> (*a*) he applies force intentionally to the person of the other, directly or indirectly, or
>
> (*b*) he attempts or threatens, by an act or gesture, to apply force to the person of the other, if he has or causes the other to believe upon reasonable grounds that he has present ability to effect his purpose.

Dealing with that provision, Tysoe J.A. with whom Branca J.A. concurred, said in *R. v. Byrne*[11], at p. 183, "no mere words can amount to an assault". However that may be, the 1961 amendment to s. 331 cannot be limited in its scope by reason of such an overlapping. This follows from the principle established in the *Lafrance* case. Furthermore, it should be borne in mind that *mens rea* is always required for a crime to be committed. Therefore, only those threats that are intended to be taken seriously are to be covered by s. 331. In *R. v. Wilkins*[12], a case that was referred to throughout in *Lafrance,* the Ontario Court of Appeal held that when an accused had taken a policeman's motor-cycle intending to drive it a short distance as a prank, he was guilty neither of theft nor of joy-riding. It was said (at p. 195) "His intention was merely to play a joke on Nichol and the judge so found. The intention to perpetrate this joke, stupid though it was, is incompatible with the evil intent which is inherent in the crime of theft."

Applying the same principle to oral threats, it would have to be said that if they are not meant to be taken seriously, there could clearly be no offence against s. 331. Therefore, there is no need to put a restrictive construction in order to avoid the possibility of prosecution for uttering

[11] [1968] 3 C.C.C. 179.
[12] [1965] 2 C.C.C. 189.

Il faut tout d'abord souligner que ce qui était alors l'art. 230, et qui est actuellement l'art. 244, ne mentionne pas les menaces verbales. Voici l'article:

> 244. Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque, quiconque, sans le consentement d'autrui, ou avec son consentement, s'il est obtenu par fraude,
>
> *a*) d'une manière intentionnelle, applique, directement ou indirectement, la force ou la violence contre la personne d'autrui, ou
>
> *b*) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est en mesure actuelle d'accomplir son dessein.

Traitant de cette disposition, M. le juge d'appel Tysoe, avec l'agrément de M. le juge d'appel Branca, a dit dans l'affaire *R. v. Byrne*[11], à la p. 183: [TRADUCTION] «de simples paroles ne peuvent constituer des voies de fait». Quoi qu'il en soit, la modification de 1961 à l'art. 331 ne saurait voir sa portée limitée du seul fait d'un tel double emploi. Cela découle du principe établi dans l'affaire *Lafrance.* En outre, il ne faut pas oublier que pour qu'il y ait crime, il faut toujours qu'il y ait *mens rea.* Par conséquent, l'art. 331 ne peut viser que les menaces que l'on entend voir prendre au sérieux. Dans l'affaire *R. v. Wilkins*[12], un arrêt cité partout dans l'affaire *Lafrance,* la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'un prévenu qui s'était emparé de la motocyclette d'un policier avec l'intention de la conduire sur une courte distance pour jouer un tour, n'avait commis ni vol ni prise sans permission. On a dit (à la p. 195) [TRADUCTION] «il voulait seulement jouer un tour à Nichol et c'est ce que le juge a conclu. L'intention de jouer ce tour est, malgré sa stupidité, incompatible avec l'intention criminelle qu'implique le vol.»

Si l'on applique le même principe aux menaces verbales, il faut dire que si elles ne sont pas faites pour être prises au sérieux, elles ne peuvent certainement pas constituer une infraction à l'art. 331. Par conséquent, une interprétation restrictive n'est pas nécessaire pour éviter la

[11] [1968] 3 C.C.C. 179.
[12] [1965] 2 C.C.C. 189.

idle threats. In my view, Keith J. was correct when, in *R. v. DiLorenzo*[13], he declined to follow the opinion expressed in the *Wallace* case by the British Columbia Court of Appeal. He said (at pp. 32, 33):

To my mind the words "or otherwise" ought to be interpreted as meaning "or in any other way". The *ejusdem generis* rule, as defined by the British Columbia Court of Appeal, acknowledges that while normally, where there has been an enumeration of specific things susceptible of being construed as specimens of a single genus or category—but not exhaustive thereof—their meaning should be restricted to things of that class or category, there is nevertheless an exception where the context in which the general words are used reasonably and clearly demand a broader significance or interpretation. In my view the words "or otherwise" contained in s. 331(1) (*a*) demand that they be given such broader significance or interpretation. Were one to hold otherwise it would mean that the voice of a threatener communicated through the wires of a telephone or, without wires, by radio would support a charge under this section while vocal threats within human hearing range would not. It seems to me that to state it as simply as that almost demonstrates the reasons why I decline to follow the interpretation of the section enunciated in *R. v. Wallace*. It is my view that the language of the indictment in the instant case does comply with the requirements of s. 331(1)(*a*) and it is not liable to be quashed at this time.

possibilité de poursuites lorsqu'il s'agit de menaces en l'air. A mon avis, M. le juge Keith avait raison lorsque, dans l'affaire *R. c. DiLorenzo*[13], il a refusé de suivre l'opinion exprimée dans l'affaire *Wallace* par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il a dit (aux pp. 32, 33):

[TRADUCTION] A mon avis, les mots «ou autrement» doivent s'interpréter comme «ou de toute autre manière». La règle *ejusdem generis*, telle que la définit la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, admet que, bien que normalement lorsqu'il y a eu une énumération de choses susceptibles d'être considérées comme des espèces d'un même genre ou d'une même catégorie qui peut en comprendre d'autres, le sens doive se limiter aux choses de cette classe ou catégorie, il existe néanmoins une exception lorsque le contexte exige de façon raisonnable et claire que l'on donne aux mots de portée générale une signification et une interprétation plus larges. A mon avis, dans l'art. 331, par. (1), al. *a*), les mots «ou autrement» exigent qu'on leur accorde cette signification ou l'interprétation plus large. En décider autrement signifierait que la voix de la personne qui fait les menaces par l'intermédiaire des fils d'un téléphone ou, sans fils, par radio, pourrait étayer une inculpation sous le régime de cet article alors que des menaces verbales faites à portée de voix ne le pourraient pas. Il me semble qu'énoncer la chose aussi simplement soit presque une démonstration des motifs pour lesquels je refuse de suivre l'interprétation de l'article énoncée dans l'affaire *R. c. Wallace*. J'estime que le libellé de l'acte d'accusation en la présente espèce répond aux exigences de l'art. 331, par. (1), al. *a*), et qu'il n'est pas susceptible d'annulation à ce moment-ci.

In *R. v. Vallilee*[14], at p. 414, Martin J.A. speaking for the Ontario Court of Appeal, said with respect to s. 338(1) (obtaining property by fraud):

In my view, the meaning of the section must be gathered from the ordinary meaning of the words used. The interpretation of the section ought not to be encumbered by concepts which were in the outgrowth of excessively technical doctrines relating to the offence of larceny which no longer have any application under our *Criminal Code*.

Dans l'affaire *R. v. Vallilee*[14], à la p. 414, M. le juge d'appel Martin, parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a dit, relativement au par. (1) de l'art. 338 (obtention d'un bien par fraude):

[TRADUCTION] A mon avis, le sens de l'article doit se tirer de la signification ordinaire des mots utilisés. L'interprétation n'en doit pas s'encombrer de concepts qui sont le fruit de théories excessivement techniques sur le vol (*larceny*) qui n'ont plus d'application sous le régime de notre *Code criminel*.

[13] (1972), 6 C.C.C. (2d) 30.
[14] [1974] 2 O.R. (2d) 409.

[13] (1972), 6 C.C.C. (2d) 30.
[14] [1974] 2 O.R. (2d) 409.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the conviction.

*Appeal dismissed,* MARTLAND, JUDSON *and* PIGEON JJ. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: K. W. MacKay, Regina.*

*Solicitors for the respondent: Wellman, MacIsaac & Graf, Regina.*

J'accueillerais le pourvoi, infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et rétablirais la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté,* LES JUGES MARTLAND, JUDSON *et* PIGEON *étant dissidents.*

*Procureur de l'appelante: K. W. MacKay, Regina.*

*Procureurs de l'intimé: Wellman, MacIsaac & Graf, Regina.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Bawa Singh Badall, Kenneth Lester Joss, Asa Singh Banes, Sujan Singh Grewall, Sirget Badall and Frances Joss** *Respondents.*

1974: June 6; 1974: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law—Notice of appeal signed by "agent" for Attorney General—Notice of appeal valid—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 605.*

*Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia dismissing an appeal from the acquittal of the respondents on a charge of conspiracy in violation of the *Immigration Act*. Appeal allowed.

*C. R. Lander* and *G. Pinos*, for the appellants.

*T. Braidwood, Q.C.*, and *J. W. Hogan*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The question at issue here is whether the Crown's notice of appeal to the British Columbia Court of Appeal from the acquittal of the respondents on a charge of conspiracy in violation of the *Immigration Act* complied with s.605 of the *Criminal Code*. Upon a preliminary objection taken before the British Columbia Court of Appeal, that Court held that the notice of appeal was a nullity because of non-compliance with s.605, and that this was a matter of substance which obliged the Court to dismiss the appeal.

Section 605, so far as material here, reads as follows:

(1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*;

et

**Bawa Singh Badall, Kenneth Lester Joss, Asa Singh Banes, Sujan Singh Grewall, Sirget Badall et Frances Joss** *Intimés.*

1974: le 6 juin; 1974: le 28 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Avis d'appel signé par un «agent» du Procureur général — Avis d'appel valide —Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 605.*

Arrêt appliqué: *Lemay c. Le Roi*, [1952]1 R.C.S. 232.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejetant un appel de l'acquittement des intimés de l'accusation d'avoir comploté pour commettre une infraction à la *Loi sur l'immigration*. Pourvoi accueilli.

*C. R. Lander* et *G. Pinos*, pour l'appelante.

*T. Braidwood, c,r.*, et *J. W. Hogan*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si l'avis d'appel de la Couronne en Cour d'appel de Colombie-Britannique est conforme à l'art. 605 du *Code Criminel*. Les intimés ont été acquittés en première instance de l'accusation d'avoir comploté pour commettre une infraction à la *Loi sur l'immigration*. Suite à une objection préliminaire, la Cour d'appel de Colombie-Britannique a jugé que l'avis d'appel est nul parce qu'on ne s'est pas conformé à l'art. 605, et selon elle la question est fondamentale et l'oblige à rejeter l'appel.

La partie de l'art. 605 qui nous intéresse se lit comme suit:

(1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la Cour d'appel

(*a*) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone . . .

The notice of appeal in this case was in these words in its material parts:

Take notice that the Attorney General of Canada appeals to this Court . . . from the acquittal of the above-named respondents upon the following grounds involving a question of law only . . .

. . .

Dated at Vancouver, British Columbia, this 28th day of May, A.D. 1973

(sgd) "Cory Stolte"
Agent for the Attorney General of Canada.

This notice of appeal is filed by C. Stolte, Esq., Agent for the Attorney General of Canada . . . .

The gravamen of the complaint against the validity of the notice of appeal was that s. 605 limited the right to appeal, and hence the right to file the notice required under s. 607, to the Attorney General or to counsel instructed by him for that purpose, and that a notice signed by a person as "agent" of the Attorney General would not do. It was conceded, as indeed it had to be by reason of s. 2 of the *Criminal Code*, that the Deputy Attorney General of Canada could have brought the appeal and signed the notice of appeal. It was contended, however, that an agent, even though no doubt is cast on the fact of the agency, cannot bring the appeal in the name of the Attorney General when the notice is signed by such agent in that character. Support for this contention was said to reside in s. 748 (*b*) of the *Criminal Code* which, with respect to appeals in summary conviction matters, authorizes an appeal by, *inter alia*, "the Attorney-General or his agent", thus pointing up a contrast with s. 605.

The position taken by the respondents, in support of the ruling of the British Columbia Court of Appeal, is that although the Attorney General may himself appeal and bring the notice of appeal in his name and sign it, and although this is also true of his deputy, and is also true of

*a*) contre un jugement ou verdict d'acquittement d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement . . .

Les parties importantes de l'avis d'appel sont libellées ainsi:

[TRADUCTION] Prenez avis que le procureur général du Canada interjette appel devant cette Cour . . . de l'acquittement des intimés susnommés. Les motifs de l'appel, fondés uniquement sur une question de droit, sont les suivants . . .

. . .

Fait à Vancouver (Colombie-Britannique), le 28 mai 1973

(Signature) «Cory Stolte»
Agent du procureur général du Canada

Le présent avis d'appel est déposé par Monsieur C. Stolte, agent du procureur général du Canada . . . .

L'essentiel du grief soulevé à l'encontre de la validité de l'avis d'appel a été que le droit d'appel, et donc le droit de déposer l'avis qui est requis en vertu de l'art. 607, est par l'art. 605 réservé uniquement au procureur général ou à un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin, et qu'un avis signé par une personne à titre d'agent du procureur général n'est pas valide. On a admis, ainsi qu'il y avait certainement lieu de le faire, vu l'art. 2 du *Code criminel*, que le sous-procureur général aurait pu interjeter appel et signer l'avis d'appel. Mais on a allégué qu'un agent, même quand son pouvoir n'est pas mis en doute, ne peut interjeter l'appel au nom du procureur général lorsque l'avis d'appel est signé par l'agent à ce titre-là. Un appui à cette prétention réside, a-t-on dit, dans l'art. 748, al. *b*), du *Code criminel*, qui énonce que «le procureur général ou son agent» peuvent, entre autres personnes, interjeter appel d'une déclaration sommaire de culpabilité, ce qui fait contraste avec l'art. 605.

La position prise par les intimés, à l'appui de l'ordonnance de la Cour d'appel de Colombie-Britannique, est que malgré que le procureur général puisse lui-même interjeter appel et faire l'avis d'appel en son nom à lui et le signer, et malgré que cela soit également le cas de son

counsel instructed by him, it cannot be done by a person who signs as agent, nor can such a person properly sign a notice of appeal taken in the Attorney General's name. I am unable to accept this view of s. 605 for the reasons that follow.

In *Lemay v. The King*[1], a case that was not brought to the notice of the British Columbia Court of Appeal, this Court held (and it was unanimous on this point) that the then s. 1013(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c.36, as enacted by 1930 (Can.), c. 11, s. 28, giving the Attorney General (and he alone is mentioned) a right of appeal on questions of law alone to the provincial Court of Appeal against an acquittal on a charge of an indictable offence, was not violated where the notice of appeal was signed by a counsel as agent of the Attorney General. This Court (and it was the full Court) rejected the contention that the Attorney General should have signed the notice of appeal personally. In my opinion, the extension of the Crown's right to appeal to counsel instructed by the Attorney General, while also keeping the right in the Attorney General as before, has not made the *Lemay* case inapplicable. Indeed, I am unable to appreciate any but a semantic difference between a counsel who is an agent of the Attorney general and a counsel instructed by the Attorney General; the latter can surely be no more than an agent, albeit perhaps a special one for the occasion.

Counsel for the respondents contended also that there was no proof that the person signing as agent was in fact counsel for the Attorney General or that he had been instructed by the Attorney General for the purpose of the appeal. I do not think that this objection can be pressed here when the issue raised by preliminary objection in the Court of Appeal was that an agent was not empowered by s. 605 to sign the notice of appeal. Moreover, I find it unnecessary in

[1] [1952] 1 S.C.R. 232.

adjoint, et soit également le cas de l'avocat qui a reçu de lui des instructions, il n'en vas pas de même d'une personne qui signe à titre d'agent, et celle-ci ne peut pas, non plus, signer un avis d'appel fait au nom du procureur général. Je ne puis admettre cette façon de voir l'art. 605, pour les motifs qui suivent.

Dans l'arrêt *Lemay c. le Roi*[1], lequel n'a pas été porté à l'attention de la Cour d'appel de Colombie-Britannique, cette Cour a décidé (et elle a été unanime sur ce point) que l'al. (4) alors en vigueur de l'art. 1013 du *Code criminel*, S.R.C., 1927, c. 36, tel qu'il avait été édicté par l'art. 28 du c. 11 des Statuts du Canada de 1930, n'était pas violé lorsqu'un avocat signait l'avis d'appel à titre d'agent du procureur général. L'alinéa (4) en question conférait au procureur général (et lui seul était mentionné) un droit d'interjeter appel devant la cour d'appel provinciale, sur une question de droit seulement, de tout acquittement prononcé à l'égard d'une accusation imputant un acte criminel. Cette Cour a rejeté (et elle siégeait en banc plénier) la prétention selon laquelle le procureur général aurait dû signer personnellement l'avis d'appel. À mon avis, l'extension du droit d'appel de la Couronne à un avocat ayant reçu des instructions du procureur général, tandis qu'en même temps on laisse ce droit au procureur général comme avant, ne rend pas l'arrêt *Lemay* inapplicable. Car la différence entre l'avocat qui est un agent du procureur général et l'avocat qui a reçu des instructions du procureur général ne peut être autre chose à mes yeux que philosophique; le deuxième ne peut certainement pas être plus qu'un agent, bien que peut-être un agent *ad hoc*.

L'avocat des intimés allègue aussi qu'il n'y avait aucune preuve que la personne qui a signé à titre d'agent était effectivement un avocat représentant le procureur général, ou était un avocat ayant reçu des instructions de ce dernier aux fins de l'appel. Je ne pense pas que cette objection puisse être faite ici quand la question soulevée en Cour d'appel par voie d'objection préliminaire est que l'art. 605 n'autorise pas un agent à signer l'avis d'appel. J'estime en outre

[1] [1952] 1 R.C.S. 232.

this case to consider either *R. V. Green*[2], where the agency alleged was stated as being for the Minister of Justice for Canada instead of for the Attorney General of Canada, or *Martin v. The Queen*[3], where the notice of appeal was by "Mr. MacMillan for S. Sigsworth representing the Attorney General of Canada".

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the order of dismissal and remit the case to the British Columbia Court of Apeal for determination on the merits.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: D. S. Thorson, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Co., Vancouver.*

*Solicitors for the respondents, Kenneth Lester Joss and Frances Joss: Mulligan, Hogan, Ritchie & Firman, Vancouver.*

inutile d'examiner l'arrêt *R. v. Green*[2], où c'est le ministre de la Justice, plutôt que le procureur général du Canada, que l'agent a déclaré représenter, non plus que l'arrêt *Marvin v. The Queen*[3], où l'avis d'appel était signé [TRADUCTION] «par Monsieur MacMillan pour S. Sigsworth représentant le procureur général du Canada».

Pour ces motifs, je suis d'avis de faire droit au pourvoi, d'infirmer l'ordonnance de rejet et de renvoyer le dossier devant la Cour d'appel de Colombie-Britannique pour qu'elle statue sur le fond.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: D. S. Thorson, Ottawa.*

*Procureurs des intimés: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Co., Vancouver.*

*Procureurs des intimés, Kenneth Lester Joss et Frances Joss: Mulligan, Hogan, Ritchie & Firman, Vancouver.*

[2] (1971), 1 C.C.C. (2d) 145.
[3] (1971), 13 C.R.N.S. 348.

[2] (1971), 1 C.C.C. (2d) 145.
[3] (1971), 13 C.R.N.S. 348.

**Paul Nash** (*Petitioner*) *Appellant*;

and

**Eileen Elsie Nash** (*Respondent, Petitioner by Counter Petition*) *Respondent.*

1974: May 8, 9; 1974: June 28.

Present: Laskin C.J. and Judson, Spence, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Divorce—Conditional decree nisi—Corollary relief—Power of Court to make decree nisi conditional—Decree nisi conditional on provision of adequate security for maintenance payments—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8 ss. 9(1)(f), 10, 11(1) (2), 13(3).*

The trial judge granted a decree nisi to the husband with maintenance of $10,500 per annum, for his wife, payable in quarterly instalments and, by consent, with maintenance for the son of $1,500 per annum, payable in monthly instalments, while he is in attendance at an institution of higher learning. The wife appealed the order and the Court of Appeal, with no serious objection from counsel, substituted an order which provided *inter alia* that the husband secure in the sum of $100,000 the maintenance payments to the wife as a condition precedent to the divorce. The husband on appealing to this Court contended (i) that there was no power to make a decree nisi conditional (ii) that the Court of Appeal had no power to order security where the security was a mere guarantee of payments to be made independently of it and (iii) that in view of a change of his financial circumstances this Court should vary the order for maintenance.

*Held* (de Grandpré and Beetz JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed with no order as to costs.

*Per* Curiam: An application to vary an order for maintenance cannot be brought originally to this Court. The jurisdiction of this Court is limited by s.

**Paul Nash** (*Requérant*) *Appelant*;

et

**Eileen Elsie Nash** (*Intimée, requérante par contre-requête*) *Intimée.*

1974: les 8 et 9 mai; 1974: le 28 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Divorce—Jugement conditionnel—Jugement assujetti à une disposition particulière—Mesure assessoire—Pouvoir des tribunaux de rendre des jugements conditionnels assujettis à des dispositions particulières—Jugement conditionnel prévoyant une garantie suffisante pour assurer les paiements d'entretien—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D—8, art. 9(1) f), 10, 11(1) (2), 13(3).*

Le juge de première instance a rendu un jugement conditionnel en faveur du mari, prévoyant le paiement de $10,500 par année, pour l'entretien de l'épouse, payable en versements trimestriels et de consentement le paiement de la somme de $1,500 par année, payable en versements mensuels, pour l'entretien de leur fils pendant qu'il fréquente un établissement d'enseignement supérieur. L'épouse en a appelé de ce jugement et la Cour d'appel, sans que l'avocat ne formule d'objection d'importance, a substitué à l'ordonnance, une ordonnance prévoyant, entre autres, que le mari assure l'obtention, pour une somme de $100,000, des allocations d'entretien payables à l'épouse comme condition préalable au divorce. Dans le pourvoi devant cette Cour, le mari prétend (i) que celle-ci n'avait aucun pouvoir de rendre un jugement conditionnel assujetti à une disposition particulière (ii) que la Cour d'appel n'avait aucune compétence pour ordonner que soit fournie une garantie lorsque les versements d'entretien ne doivent pas être prélevés sur la garantie mais être effectués indépendamment de celle-ci et (iii) qu'en raison du changement survenu dans la situation financière de l'appelant, cette Cour devrait modifier l'ordonnance relative à l'entretien.

*Arrêt* (les juges de Grandpré et Beetz, dissidents en partie): Le pourvoi doit être accueilli sans adjudication sur les dépens.

*La Cour*: Une demande de modification d'une ordonnance relative à l'entretien ne peut être soumise en premier ressort à cette Cour. La compétence de

18(1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8 s. 11(2) to questions of law on which leave to appeal is given and s.11(2) provides for variation of an order by the court that made it.

Where, as in this case, the divorce was based on separation there cannot be a conditioning or suspension of a decree nisi pending security for maintenance being furnished when the Legislature has expressly dealt with the matter in another way in s. 9(1)(*f*). If a sanction to assure provision of maintenance granted as corollary relief is required, there is authority in s. 13(3) for imposing such sanction when the judgment absolute is sought, as the circumstances may then appear.

*Per* Laskin C.J. and Judson and Spence JJ.: Section 11(1) of the Act is not wide enough to support an order to pay periodic sums and concurrently an order to provide security without directing that the periodic payments be paid out of the security.

*Per* Beetz and de Grandpré JJ. (*dissenting in part*): Having decided that a decree nisi cannot be made conditional upon the previous provision of a specified security it is not necessary to deal with the power of the Court of Appeal to order security to stand as a guarantee of payment of maintenance.

[*Lachman v. Lachman*, [1970] 3 O.R. 29; *Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891; *Shearn v. Shearn*, [1931] P.1; *Kumpas v. Kumpas* (1969), 71 W.W.R. 317, appeal quashed, [1970] S.C.R. 438; *Switzer v. Switzer* (1969), 7 D.L.R. (3d) 638, 70 W.W.R. 161; *Rafflin v. Rafflin*, [1972] 1 O.R. 173; *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; *McColl v. McColl*, [1953] O.R. 1017; *Johnstone v. Johnstone*, [1969] 2. O.R. 765, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario varying a decree nisi and maintenance order of Stewart J. at trial. Appeal allowed with no order as to costs, case returned to the Court of Appeal for reconsideration.

*Peter C. P. Thompson*, for the appellant.

*John R. Sigouin*, and *Bryan Carroll*, for the respondent.

cette Cour est limitée par le par. (1) de l'art. 8 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8 aux questions de droit dont elle a autorisé l'appel et le par. (2) de l'art. 11 prévoit la modification d'une ordonnance par le tribunal qui l'a rendue.

Lorsque, comme en l'espèce, le divorce est fondé sur la séparation, on ne peut suspendre ou assujettir à une condition préalable un jugement conditionnel en attendant que soit fournie une garantie pour l'entretien, quand le corps législatif a expressément statué sur la question d'une autre façon à l'al. *f*) du par. (1) de l'art. 9. Si une sanction est nécessaire pour assurer qu'il soit pourvu à l'entretien qui a été accordé à titre de mesure accessoire, le par. (3) de l'art. 13 confère le pouvoir d'imposer telle sanction lorsqu'est faite la requête en vue d'obtenir le prononcé d'un jugement irrévocable, selon les circonstances à ce moment-là.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence: Le par. (1) de l'art. 11 de la Loi n'a pas suffisamment de portée pour autoriser une ordonnance enjoignant de payer des sommes échelonnées et en même temps une ordonnance de fournir une garantie sans préciser que les sommes doivent être payées par prélèvement sur la garantie fournie.

*Les* juges Beetz et de Grandpré (*dissidents en partie*): Ayant décidé que le jugement conditionnel ne peut être assujetti au dépôt préalable d'une garantie spécifiée, il n'est pas nécessaire de statuer sur le pouvoir de la Cour d'appel d'ordonner qu'une garantie soit fournie pour les paiements d'entretien.

[Arrêts mentionnés: *Lachman v. Lachman*, [1970] 3 O.R. 29; *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891; *Shearn v. Shearn*, [1931] P.1; *Kumpas v. Kumpas* (1969), 71 W.W.R. 317, annulation de l'appel accordée, [1970] R.C.S. 438; *Switzer v. Switzer* (1969), 7 D.L.R. (3d) 638, 70 W.W.R. 161; *Rafflin v. Rafflin*, [1972] 1 O.R. 173; *Maynard c. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; *McColl v. McColl*, [1953] O.R. 1017; *Johnstone v. Johnstone*, [1969] 2 O.R. 765.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario modifiant le jugement conditionnel et l'ordonnance relative à l'entretien rendus par le juge Stewart en première instance. Pourvoi accueilli sans adjucation sur les dépens, dossier renvoyé à la Cour d'appel pour nouvel examen.

*Peter C. P. Thompson*, pour l'appelant.

*John R. Sigouin*, et *Bryan Carroll*, pour l'intimée.

The judgment of the Chief Justice and Judson and Spence JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Consideration of the issues in this appeal, which comes here by leave of this Court, may properly begin with the judgment of the late Mr. Justice Stewart, granting a decree nisi of divorce to the appellant husband and directing that he pay his wife $10,500 per annum in equal quarterly instalments of $2,625, and directing, pursuant to the consent of the spouses, that the husband pay $1,500 per annum in equal monthly instalments for the maintenance of their son David while he is in attendance at an institution of higher learning. The respondent wife appealed this order so far as it affected the provision for her maintenance, and the Ontario Court of Appeal allowed her appeal by way of an order which it said it had suggested to counsel for both parties who voiced no serious objection although they did not consent thereto.

It is desirable to set out the terms of the formal order decreed by the Court of Appeal in substitution and in addition to the provisions of the formal order issued in pursuance of the judgment of Stewart J. The relevant paragraphs are as follows:

1. THIS COURT DOTH DECREE AND ADJUDGE that upon the petitioner Paul Nash securing in the sum of $100,000.00 the maintenance payments provided in paragraph 3 hereof in favour of the respondent, petitioner by counter-petition, and those so provided in paragraph 4 hereof in favour of David Paul Leslie Nash, the said petitioner Paul Nash whose marriage to the respondent Eileen Elsie Nash was solemnized at Harrow, England, on the 6th day of May, 1950, be divorced from the said respondent Eileen Elsie Nash, unless sufficient cause be shown to this Court within three months from the date hereof why this decree should not be made absolute.

3. AND THIS COURT DOTH FURTHER ORDER AND ADJUDGE that the respondent by counter-petition, Paul Nash, shall pay to the petitioner by counter-petition, Eileen Elsie Nash, during her lifetime or until she remarries, maintenance in the sum of $10,500.00 per annum in equal, quarterly instalments

Le jugement du Juge en chef et des juges Judson et Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Dans l'examen des questions qui font l'objet de ce pourvoi interjeté devant cette Cour avec sa permission, il convient peut-être de mentionner tout d'abord le jugement conditionnel de divorce rendu par feu le juge Stewart en faveur du mari appelant et par lequel il ordonne à ce dernier de payer à son épouse la somme de $10,500 par année en versements trimestriels égaux de $2,625 et, vu le consentement des conjoints, de payer la somme de $1,500 par année en versements mensuels égaux pour l'entretien de leur fils David pendant que ce dernier fréquente un établissement d'enseignement supérieur. L'épouse intimée en a appelé de ce jugement en ce qui concerne son entretien à elle. La Cour d'appel de l'Ontario a fait droit à son appel, par la voie d'une ordonnance que cette Cour-là dit avoir proposée aux avocats des deux parties, qui n'ont formulé aucune objection d'importance même s'ils n'ont pas consenti à l'ordonnance proposée.

Il est souhaitable que les termes de l'ordonnance solennelle établie par la Cour d'appel pour substituer et ajouter aux dispositions de celle délivrée en conformité du jugement prononcé par le juge Stewart, soient reproduits. Ses paragraphes pertinents se lisent ainsi:

[TRADUCTION] 1. LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE que, lorsque le requérant Paul Nash aura assuré l'obtention, pour une somme de $100,000, des allocations d'entretien prévues au paragraphe (3) des présentes en faveur de l'intimée, requérante par contre-requête, ainsi que des allocations prévues au paragraphe (4) en faveur de David Paul Leslie Nash, ledit requérant Paul Nash, dont le mariage avec l'intimée Eileen Elsie Nash a été célébré à Harrow, en Angleterre, le 6 mai 1950, sera divorcé de ladite intimée Eileen Elsie Nash, à moins que, dans un délai de trois mois à compter de la date du présent jugement, on ne démontre à cette Cour qu'il y a des raisons suffisantes de ne pas rendre irrévocable le présent jugement.

3. ET LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE EN OUTRE que l'intimé à la contre-requête, Paul Nash, devra payer à la contre-requérante, Eileen Elsie Nash, du vivant de celle-ci ou jusqu'à ce qu'elle se remarie, une allocation d'entretien de $10,500 par année en versements trimestriels égaux de $2,625,

of $2,625.00 each, the first of such quarterly payments to become due and be made on the 13th day of June, 1971, and the future payments on the 13th days of September, December, March and June thereafter.

8. THIS COURT DOTH FURTHER ORDER AND ADJUDGE that while not in default of payments of maintenance pursuant to the terms of this Judgment, the petitioner will from time to time remain entitled to all interest and/or income upon the amount of security furnished for the maintenance, and that upon the death or remarriage of the respondent, Eileen Elsie Nash, provided the petitioner be not then in default, the corpus of the security furnished will revert to the petitioner or his estate.

The appellant husband took three points in his appeal to this Court. He contended, first, that it was beyond the power of the Court in divorce proceedings under the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, to make an order in the terms of paragraph 1 above, the effect of which is to make the decree nisi conditional upon the previous provision of the specified security. Second, it was his contention that the Court of Appeal had no power to order security to be provided for the periodic maintenance payments where such payments were not to come out of the security but were to be made independently, with the security to stand as a guarantee of payment. Third, the appellant, by notice of motion for leave to adduce affidavit evidence, sought to have this Court consider an alleged change in the financial circumstances and obligations of the appellant with a view to have it vary the order for maintenance. It is enough to say on this third point what was said to counsel for the appellant at the hearing of the appeal, namely, that an application for variation owing to a change of circumstances cannot be brought originally before this Court, especially when by s. 18(1) of the *Divorce Act* this Court's jurisdiction is limited to questions of law on which leave is given by it. I refer also to s. 11(2) of the *Divorce Act* respecting variation of a maintenance order by the court that made it. That would not be this Court. Only the first two points raised by the appellant need therefore be considered.

paybles à compter du 13 juin 1971 et par la suite les treizièmes jours des mois de septembre, décembre, mars et juin.

8. LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE EN OUTRE que, tant que le requérant n'est pas en défaut de paiement des allocations d'entretien prévues au présent jugement, il aura droit à tous les intérêts et autres sommes que peut rapporter le montant de la garantie fournie pour l'entretien; et que, advenant le décès ou le remariage de l'intimée, Eileen Elsie Nash, et pourvu que le requérant ne soit pas en défaut, le *corpus* de la garantie fournie reviendra au requérant ou à sa succession.

Le mari appelant soulève trois points dans le pourvoi qu'il a interjeté devant cette Cour. Il prétend tout d'abord que c'était aller au-delà des pouvoirs de la Cour dans une affaire de divorce mue sous le régime de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8, que de rendre une ordonnance dans les termes du premier paragraphe ci-dessus, qui a pour effet d'assujettir le jugement conditionnel à l'offre préalable de la garantie spécifiée. En second lieu, il affirme que la Cour d'appel n'avait aucune compétence pour ordonner que soit fournie une garantie pour les versements périodiques d'allocations d'entretien, lorsque ces versements ne doivent pas être prélevés sur la garantie mais être effectués indépendamment de la garantie, laquelle ne subsiste que comme gage de paiement. Troisièmement, l'appelant, par un avis de requête demandant l'autorisation de faire une preuve par déclaration sous serment, a voulu porter à l'attention de cette Cour, en vue de lui faire modifier l'ordonnance relative à l'entretien, un changement qui serait survenu dans la situation financière et les obligations de l'appelant. Sur ce troisième point, il suffit de répéter ce qui a été dit à l'avocat de l'appelant au moment de l'audition du pourvoi, à savoir qu'une demande de modification en raison de nouvelles circonstances ne peut être soumise en premier ressort à cette Cour, spécialement lorsque le par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur le divorce* limite la compétence de cette Cour aux questions de droit dont elle a autorisé l'examen. Je note aussi que le par. (2) de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* parle de la modification d'une ordonnance relative à l'entretien par

As to the first point, counsel for the respondent wife contended that the order respecting the decree nisi was not an order under which the decree was conditioned upon the provision of security, but rather one where the decree had been granted but its operative effect was suspended until security was posted. The short answer to what is a play on words is that security with respect to maintenance is corollary relief under the *Divorce Act*, and nowhere in the Act is any power granted to order such relief to be provided before a decree nisi is granted or becomes effective. I note, as having some bearing on this issue, that s. 9(1)(*f*) of the *Divorce Act* enjoins the Court, in a case where divorce is sought under the separation and desertion provisions of s. 4(1)(*e*), to refuse a decree if, *inter alia*, the granting thereof "would prejudicially affect the making of such reasonable arrangements for the maintenance of either spouse as are necessary in the circumstances".

Counsel for the respondent submitted that what was done by the Court of Appeal here was in line with an order made by that Court in *Lachman v. Lachman*[1]. Although I was a member of the Court which decided *Lachman v. Lachman* I am now of the opinion that in so far as it made the decree nisi itself conditional upon the previous provision of security (and that this was so clearly appears from the reasons of Jessup J.A. for the Court at p. 34), it was wrongly decided. The decree nisi itself is a provisional decree, and this emerges also from the French version of the Act which in the relevant s. 11(1) speaks of "*un jugement conditionnel de divorce*". It seems to me, therefore, that if any effective sanction is to be imposed in

[1] [1970] 3 O.R. 29.

le tribunal qui l'a rendue, un tribunal qui n'est pas cette Cour. Il ne reste donc à examiner que les deux premiers points soulevés par l'appelant.

Quant au premier point, l'avocat de l'épouse intimée a prétendu que l'ordonnance concernant le jugement conditionnel n'était pas une ordonnance par laquelle ce jugement conditionnel était subordonné au dépôt d'une garantie, mais plutôt une ordonnance accordant le jugement conditionnel mais en retardant l'effet jusqu'à ce que la garantie soit fournie. C'était jouer sur les mots. Pour répondre à cela en bref, cette garantie relative à l'entretien est une mesure accessoire aux termes de la *Loi sur le divorce*, et aucune disposition de cette loi ne confère le pouvoir de se prononcer sur de telles mesures avant qu'un jugement conditionnel ne soit prononcé ou ne prenne effet. Je note une chose qui a un certain rapport avec la question, soit que l'al.*f*) du par. (1) de l'art. 9 de la *Loi sur le divorce* enjoint le tribunal, dans un cas où la requête en divorce est présentée en vertu des dispositions de l'al. *e*) du par. (1) de l'art. 4, relatives à la séparation et à l'abandon, de refuser de prononcer un jugement lorsque, notamment, le jugement demandé «serait préjudiciable à la conclusion des accords raisonnables qui sont nécessaires dans les circonstances en vue de l'entretien de l'un des conjoints».

L'avocat de l'intimée a soutenu que ce que la Cour d'appel a fait ici est en accord avec une ordonnance qu'elle avait rendue dans l'arrêt *Lachman v. Lachman*[1]. Même si j'ai fait partie du tribunal qui a rendu l'arrêt précité, je suis maintenant d'avis qu'il y a mal-jugé dans la mesure où l'arrêt a subordonné le jugement conditionnel à l'offre préalable d'une garantie (et c'est ce qui ressort nettement des motifs rédigés par M. le juge Jessup au nom du tribunal, à la p. 34). Un «jugement conditionnel de divorce» (art. 11, par. (1)), dit en anglais «decree nisi», est lui-même un jugement provisoire. C'est pourquoi, à mon sens, s'il faut dans une demande de divorce imposer une sanction efficace pour assurer qu'il soit pourvu à l'entre-

[1] [1970] 3 O.R. 29.

a divorce suit to assure provision of maintenance which has been granted as corollary relief, it should be done when judgment absolute is sought, as the circumstances may then appear. There appears to be ample authority to this end in s. 13(3) of the *Divorce Act* which provides that where a decree nisi has been granted but has not been made absolute, cause may be shown why it should not be made absolute by reason of there having been collusion or reconciliation or "by reason of any other material facts". The Court is authorized in these respects either to rescind the decree nisi, to require further inquiry, or to "make such further order as the court thinks fit".

tien qui a été accordé à titre de mesure accessoire, on doit le faire au moment de la requête en vue d'obtenir le prononcé d'un jugement irrévocable, selon les circonstances à ce moment-là. Il semble que le par. (3) de l'art. 13 de la *Loi sur le divorce* confère amplement le pouvoir voulu puisqu'il prévoit que lorsqu'un jugement conditionnel de divorce a été prononcé mais n'est pas devenu irrévocable, toute personne peut exposer au tribunal des raisons pour lesquelles le jugement ne devrait pas devenir irrévocable, du fait qu'il y a eu collusion ou du fait de la réconciliation des parties ou «de tous autres faits pertinents». En pareils cas, le tribunal est autorisé à rescinder le jugement conditionnel, à ordonner un complément d'enquête ou à «rendre telle autre ordonnance que le tribunal estime appropriée».

The *Divorce Reform Act*, 1969 (U.K.), c. 55, s. 6 is more explicit on this point where the divorce, as in the present case, is based on separation (see Bromley, *Family Law* (4th ed. 1971), at p. 216), and so is *The Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265, s. 1 which, in respect of secured maintenance, empowers the court to suspend pronouncement of the decree absolute until all necessary deeds and instruments have been executed. I am satisfied, however, that the general words of s. 13(3) aforesaid are wide enough and should be construed to embrace the power to ensure that maintenance, especially if secured, should be assured if that can be done by withholding the decree absolute.

La loi dite *Divorce Reform Act*, 1969 (R.-U.), c. 55, art. 6 est plus explicite sur ce point lorsque le divorce est fondé, comme dans le cas qui nous occupe, sur la séparation (voir Bromley, *Family Law* (4e éd. 1971), p. 216), tout comme la loi dite *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265, art. 1er qui, en ce qui concerne la garantie d'entretien, autorise le tribunal à surseoir au jugement irrévocable tant que tous les actes nécessaires n'ont pas été passés. Je suis convaincu cependant que les termes généraux de l'art. 13, par. (3) précité sont assez larges pour inclure le pouvoir de veiller à ce que l'entretien, spécialement s'il est garanti, soit rendu certain si la chose est possible, en s'abstenant de prononcer le jugement irrévocable, et qu'ils doivent être interprétés de cette façon.

In sum, when regard is had to the express provision in s. 10 of the *Divorce Act* for interim alimony or maintenance after a petition for divorce is presented and pending its determination, and also to the fact that maintenance is relief corollary to a divorce, I am all the more persuaded that a decree nisi cannot be conditioned upon the previous provision of security. I note also that in the judgment of this Court in

En somme, si l'on tient compte de la disposition expresse de l'art. 10 de la *Loi sur le divorce* qui prévoit une pension alimentaire ou allocation d'entretien provisoire en attendant qu'une requête en divorce ait été entendue et jugée, et du fait que l'entretien est une mesure accessoire à un divorce, je suis plus persuadé d'autant qu'un jugement conditionnel ne peut être soumis à la condition de l'offre préalable d'une

*Zacks v. Zacks*[2], Martland J. speaking for the Court said this, at pp. 901-902:

Section 10 becomes operative where a petition for divorce has been presented and provides for interim orders. If the petition for divorce fails, there is no power to make any order as to alimony, maintenance or custody under s.11, and any interim order under s. 10 would thereupon cease to be operative. The Act only contemplates orders as to these matters as a necessary incident to the dissolution of a marriage.

Again, speaking at p. 912, Martland J. said this in relation to the word "upon" in s. 11(1):

The meaning of the word, as used in s. 11(1) must be determined in the light of the fact that legislation by Parliament in relation to alimony, maintenance and the custody of children would only be within its powers if associated with and as a part of legislation in relation to the subject matter of divorce. It is my opinion that when it was provided that the Court could deal with those matters "upon granting a decree nisi of divorce", it was meant that it was only when a divorce was granted that the Court acquired the necessary jurisdiction to deal with those subjects.

What the respondent in the present appeal seeks to read into the *Divorce Act* is somewhat differently dealt with under s. 37(2) of the Australian *Matrimonial Causes Act*, 1959, No. 104. It provides that in divorce proceedings based on separation the Court may (to put it briefly) refuse a decree in favour of the petitioner until the petitioner has made satisfactory arrangements to provide maintenance or other benefits upon the decree becoming absolute. Under the *Divorce Act*, without making the decree nisi conditional in the first place, the power given by s. 13(3) enables the courts in Canada to reach a position similar to that in Australia by controlling the granting of a decree absolute.

[2] [1973] S.C.R. 891.

garantie. Je note aussi que, dans le jugement rendu par cette Cour dans l'affaire *Zacks c. Zacks*[2], le juge Martland, parlant au nom de cette Cour, a dit ceci, selon qu'il est rapporté aux pp. 901-902:

L'article 10 devient opérant lorsqu'une requête en divorce a été présentée, et il prévoit des ordonnances provisoires. Si la requête en divorce est refusée, il n'y a aucun pouvoir pour rendre une ordonnance relative à la pension alimentaire, à l'entretien ou à la garde sous le régime de l'art. 11, et toute ordonnance provisoire prévue par l'art. 10 cesse alors d'être exécutoire. La Loi n'envisage des ordonnances relatives à ces questions que comme élément accessoire nécessaire de la dissolution d'un mariage.

Plus loin, à la p. 912, le juge Martland s'exprime en ces termes au sujet du mot anglais «upon» employé à l'art. 11, par. (1):

La signification du mot, tel qu'il est utilisé à l'art. 11, par. (1), doit être déterminée en se basant sur le fait que la législation du Parlement concernant la pension alimentaire, l'entretien et la garde des enfants ne peut être du ressort du Parlement que si elle est liée à la législation concernant le divorce et en fait partie. Je suis d'avis que lorsqu'on a prévu que le tribunal pouvait statuer sur ces matières «en (upon) prononçant un jugement conditionnel de divorce», on voulait dire que ce n'est que quand un divorce est prononcé que le tribunal acquiert la compétence nécessaire pour statuer sur elles.

Ce que l'intimée en ce pourvoi cherche à mettre dans le texte de la *Loi sur le divorce*, c'est quelque chose dont le par. (2) de l'art. 37 de la loi australienne dite *Matrimonial Causes Act*, 1959, nº 104, traite quelque peu différemment. Ce paragraphe prévoit que, dans une requête en divorce fondée sur la séparation, le tribunal peut (pour résumer en peu de mots) refuser de rendre un jugement en faveur du requérant jusqu'à ce que ce dernier ait pris des dispositions satisfaisantes pour fournir l'entretien ou d'autres avantages lorsque le jugement deviendra irrévocable. Sous le régime de la *Loi sur le divorce*, sans d'abord subordonner à une condition préalable le jugement conditionnel, le pouvoir conféré par l'art. 13, par. (3) permet

[2] [1973] R.C.S. 891.

I do not think it is open to analogize the suspension of an order nisi for divorce, pending the provision of security for maintenance or the satisfying of some other terms, to the suspension of the operative effect of an injunction order. In divorce, we are dealing with a statutory jurisdiction; and even if it be the case that a court may appropriately exercise such ancillary powers as may be necessary, in its view, to make the exercise of that jurisdiction a realization of the policy of the Act, I am unable to agree that where, as in this case, the divorce was based on separation, there can be a conditioning or suspension of a decree nisi pending security for maintenance being furnished when the Legislature has expressly dealt with the matter in another way in s. 9(1)(*f*).

The position is the same in England where, as stated in Bromley, *Family Law* (4th ed. 1971), at p. 426, "except for maintenance pending suit and orders with respect to children, no order may be made unless a decree nisi of divorce or nullity or a decree of judicial separation has been granted and, in the case of divorce and nullity, it may not take effect until the decree is made absolute".

In my opinion, the substituted paragraph 1 was not within the Court of Appeal's powers and I would set it aside and restore the order for a decree nisi as set out in the formal judgment at trial. It follows that paragraph 8, added by the Court of Appeal, falls also.

Although it may be urged that if paragraph 1 of the Court of Appeal's order is set aside and the decree nisi is made unconditional it is, strict-

aux tribunaux du Canada d'atteindre une position analogue à celle de l'Australie en contrôlant le prononcé d'un jugement irrévocable.

Je ne crois pas qu'il soit permis de faire une analogie entre la suspension d'un jugement provisoire de divorce en attendant que soit fournie une garantie pour l'entretien ou que soient remplies certaines autres conditions, et la suspension de l'effet d'une injonction. En matière de divorce, la compétence est établie par la loi; et même si c'est le cas qu'un tribunal peut exercer convenablement les pouvoirs auxiliaires qu'il juge nécessaires pour faire en sorte que l'exercice de cette compétence soit propre à réaliser la politique de la Loi sur le divorce, je ne puis admettre, dans un cas comme celui qui nous occupe, c'est-à-dire où la requête en divorce est fondée sur la séparation, que l'on puisse suspendre ou assujettir à une condition préalable un jugement conditionnel en attendant que soit fournie une garantie pour l'entretien, quand le corps législatif a expressément statué sur la question d'une autre façon à l'art. 9, par. (1), al. *f*).

La position adoptée en Angleterre est la même et je cite Bromley, *Family Law* (4e édition 1971) à la p. 426, [TRADUCTION] «Sauf les mesures provisoires pour l'entretien et les ordonnances concernant les enfants, aucune ordonnance ne peut être rendue à moins que n'ait été prononcé un jugement conditionnel de divorce ou d'annulation ou un jugement en séparation de corps, et, en cas de divorce et d'annulation, l'ordonnance ne peut prendre effet qu'au moment où le jugement est rendu irrévocable».

A mon avis, le paragraphe (1) substitué par la Cour d'appel outrepasse la compétence de cette dernière et je l'infirmerais pour rétablir dans ses termes l'ordonnance de jugement conditionnel énoncée dans le jugement de première instance. Il s'ensuit que le paragraphe (8) ajouté par la Cour d'appel disparaît aussi.

On peut faire valoir que, si le premier paragraphe de l'ordonnance rendue par la Cour d'appel est rejeté et le jugement conditionnel rendu

ly speaking, unnecessary to deal with the second point in appeal because there is no subject matter left upon which to consider it, this would be taking a too-global view of that order. The Court of Appeal was obviously of the opinion that the wife should have her maintenance secured. The point at issue, which was fully argued and is of considerable importance in the administration of the *Divorce Act*, is whether, the conditional aspect aside, there is power to make the kind of order which the Court of Appeal made. The relevant provisions of the *Divorce Act* put forward in the submissions of counsel are sections 11 and 12 which read as follows:

**11.** (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(*a*) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

(i) the wife,

(ii) the children of the marriage, or

(iii) the wife and the children of the marriage;

(*b*) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

(i) the husband,

(ii) the children of the marriage, or

(iii) the husband and the children of the marriage; and

(*c*) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

**11.** (2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them.

irrévocable, il est rigoureusement parlant inutile de statuer sur le second point de l'appel puisqu'il n'en reste plus l'objet à considérer, mais ce serait envisager cette ordonnance trop sommairement. Il est clair que la Cour d'appel était d'avis que l'épouse devait être assurée de l'obtention de son entretien. Le point en litige, qui a été débattu à fond et qui a une grande importance dans l'application de la *Loi sur le divorce*, est de savoir si, laissant de côté l'aspect de subordination à une condition préalable, la Cour d'appel a le pouvoir de rendre le genre d'ordonnance qu'elle a rendue. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce* que les avocats ont fait valoir dans leurs plaidoiries sont les articles 11 et 12 qui se lisent ainsi:

**11.** (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir:

*a*) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

(i) de l'épouse,

(ii) des enfants du mariage, ou

(iii) de l'épouse et des enfants du mariage;

*b*) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

(i) du mari

(ii) des enfants du mariage, ou

(iii) du mari et des enfants du mariage; et

*c*) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage.

**11.** (2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

12. Where a court makes an order pursuant to section 10 or 11, it may

(*a*) direct that any alimony, alimentary pension or maintenance be paid either to the husband or wife, as the case may be, or to a trustee or administrator approved by the court; and

(*b*) impose such terms, conditions or restrictions as the court thinks fit and just.

Counsel for the appellant founds himself, first, on the position that the Court of Appeal ought not to have interfered with the discretion of the trial judge in ordering periodic payments and, second, and mainly, on the line of English authority represented by *Shearn v. Shearn*[3], which has been followed in the courts of Canada. On the first point taken, s. 17 of the *Divorce Act* gives the widest powers to the Court of Appeal, and I am unable to say in this case that if that Court had the power to order security for the payment of periodic maintenance it was wrong in doing so. The main submission of the appellant, as to the power to make that type of order, raises a point of first instance here and one on which there appear to be conflicting views taken in other courts in Canada.

It is not contested that s. 11(1) of the *Divorce Act* empowers the Court to secure periodic payments of maintenance, but the parties are apart on whether the court may order periodic payments and require that security be posted to which resort may be had if there is default in making the payments. The difference in these situations is pointed up in *Shearn v. Shearn, supra*, at p. 4 where in referring to the powers as to maintenance under s. 190(1)(2) and s. 196 of the *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act*, 1925 (U.K.), c. 49, the Court said:

The result is as follows: The wife "on the decree" may apply for security or payment or both. On such an application (*a*) the Court may order the husband to

[3] [1931] P. 1.

12. Lorsqu'un tribunal rend une ordonnance en conformité des articles 10 ou 11, il peut

*a*) ordonner qu'une pension alimentaire, *"alimony"* ou *"maintenance"* soit payée au mari ou à l'épouse, selon le cas, ou à un *trustee* ou administrateur approuvé par le tribunal; et

*b*) imposer les modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

L'avocat de l'appelant se fonde, premièrement, sur ce que la Cour d'appel n'aurait pas dû s'introduire dans la discrétion du juge de première instance en ordonnant des versements périodiques et, deuxièmement et principalement, sur la jurisprudence anglaise que représente l'arrêt *Shearn v. Shearn*[3] qui a été suivi dans les tribunaux du Canada. Sur le premier point soulevé, l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* confère des pouvoirs des plus étendus à la Cour d'appel, et je ne saurais dire en l'espèce que si ce tribunal-là avait le pouvoir d'ordonner que l'on garantisse le paiement périodique d'allocations d'entretien, il a eu tort de le faire. La prétention principale de l'appelant, quant au pouvoir de rendre ce genre d'ordonnance, soulève un point de première instance sur lequel d'autres tribunaux du Canada semblent avoir adopté des vues contradictoires.

Il n'est pas contesté que le par. (1) de l'art. Il de la *Loi sur le divorce* confère au tribunal le pouvoir d'assurer l'obtention de paiements périodiques d'allocations d'entretien, mais les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si le tribunal peut ordonner des paiements périodiques et exiger le dépôt d'une garantie qui puisse servir en cas de défaut de paiement des allocations. La différence qui existe entre ces deux cas est soulignée dans l'arrêt *Shearn c. Shearn*, précitée, à la p. 4, où la Cour, en parlant des pouvoirs que confèrent quant à l'entretien l'art. 190, par (1) et (2) et l'art. 196 de la loi dite *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act*, 1925 (R.-U), c. 49, s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] Le résultat est le suivant: «Au prononcé du jugement», l'épouse peut demander une garantie ou le paiement ou les deux. Sur présentation

[3] [1931] P.1.

secure to the wife a gross sum of money or annual sum of money for any term, not exceeding her life; (*b*) in addition to or instead of an order to secure, the Court may order the husband to pay to the wife during joint lives a monthly or weekly sum, and may from time to time modify that order to pay, as provided in s. 190, sub-s. 2, and s. 196 of the Act of 1925. But the Court has no power to modify an order to secure, nor has it power in modifying an order to pay to turn it into an order to secure. The two orders are essentially different. The order under s. 190, sub-s. 1, is not an order to make periodical payments and secure the payments: it is an order to secure and nothing else. Under it the only obligation of the husband is to provide the security; having done that, he is under no further liability. He enters into no covenant to pay and never becomes a debtor in respect of the payments. The wife has the benefit of the security and must look to it alone; if it ceases to yield the expected income she cannot call upon the husband to make good the deficiency. . . . The order under sub-s.2 is not an order to secure—it is an order to make periodical payments. There is no power under sub-s. 2 to order that these payments be secured. If the husband's means increase, the periodical payments can be increased. But however much his ability to secure increases, he cannot under sub-s. 2 be ordered to secure.

d'une telle requête, *a*) la Cour peut ordonner au mari d'assurer l'obtention par l'épouse d'une somme globale ou d'une somme annuelle pour une période quelconque, ne dépassant pas le décès de l'épouse; *b*) en plus ou au lieu de rendre une ordonnance d'assurer l'obtention, la Cour peut ordonner au mari de payer à l'épouse, tant qu'ils vivront tous les deux, une allocation mensuelle ou hebdomadaire, et elle peut, de temps à autre, modifier cette ordonnance de paiement, comme il est prévu à l'art. 190, par. (2) et à l'art. 196 de la loi de 1925. Cependant, la Cour n'a pas le pouvoir de modifier une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention, ni celui de modifier une ordonnance de paiement pour en faire une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention. Les deux ordonnances sont essentiellement différentes. L'ordonnance prévue à l'art. 190, par. (1), n'est pas un ordre de faire des paiements périodiques et d'assurer l'obtention de ces paiements: il s'agit simplement d'un ordre d'assurer l'obtention. Sous son régime, la seule obligation du mari est de fournir la garantie; et une fois qu'il s'en est acquitté, il n'en a pas d'autre. Le mari ne prend aucun engagement de faire des versements et n'en devient jamais le débiteur. L'épouse a le bénéfice de la garantie et ne doit s'en remettre qu'à elle; si la garantie cesse de rapporter le montant prévu, elle ne peut pas faire appel au mari pour combler le déficit. . . . L'ordonnance prévue au par. (2) n'est pas un ordre d'assurer l'obtention; il s'agit d'un ordre de faire des paiements périodiques. Le par. (2) ne confère aucun pouvoir d'ordonner que l'on assure l'obtention de ces paiements. Si les ressources du mari augmentent, les paiements périodiques peuvent être augmentés. Toutefois, il ne peut être ordonné au mari sous le régime du par. (2) d'assurer l'obtention, quelle que soit sa capacité accrue de ce faire.

The provisions of the Act which were considered in the *Shearn* case empowered the court (1) to order the husband to secure to the wife a gross or annual sum of money, and the court was also authorized to suspend pronouncement of the decree until a proper deed or instrument had been executed; and (2) in addition to or instead of an order aforesaid, to order the husband to pay a monthly or weekly sum for maintenance.

Les dispositions de la loi britannique qui ont été examinées dans l'affaire *Shearn* confèrent au tribunal le pouvoir (1) d'ordonner au mari d'assurer à la femme l'obtention d'une somme globale ou annuelle, en autorisant aussi le tribunal à surseoir au prononcé du jugement jusqu'à ce que l'acte voulu ait été passé; et (2) en plus ou au lieu de l'ordonnance prévue en (1), d'ordonner au mari de payer une allocation d'entretien mensuelle ou hebdomadaire.

If the order in the present case is validly made, it means that not only is a capital sum tied up to stand as security for the periodic payments but that the obligation to make the

Si l'ordonnance rendue en l'espèce présente est valide, alors non seulement un capital se trouve-t-il bloqué de façon à servir comme garantie des paiements périodiques mais aussi la

payments may be enforced apart from the security, and whether or not the security is ultimately ample enough to provide for the payments.

The relevant words of s. 11(1)(*a*) of the *Divorce Act* (". . . the court may . . . make one or more of the following orders (*a*) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for . . . maintenance . .") empower the court to make a combination of orders. I agree with Freedman J.A. (as he then was) in *Kumpas v. Kumpas* [4], at p. 319, that the controlling words of s. 11(1) are the words "one or more of the following orders", and that the court is not restricted to the making of one only of the types of orders specified in s. 11(1)(*a*) (or one only of the same types specified in s. 11(1)(*b*), which is directed against the wife in favour of the husband). This same view of s. 11(1) was taken by the Alberta Appellate Division in *Switzer v. Switzer*[5] and by the Ontario Court of Appeal in *Raffin v. Raffin*[6], and, in my opinion, it is the correct view.

The types of orders specified are (1) an order to secure a lump sum; (2) an order to pay a lump sum; (3) an order to secure periodic sums; and (4) an order to pay periodic sums. I am not concerned in the present case with the discretionary aspect of s. 11(1), that is, with the circumstances in which a lump sum payment should be directed rather than a periodic (weekly or monthly or annual) payment or in which a lump sum should be paid or secured in addition to periodic payments. This involves a host of considerations, among which are the respective ages of the parties, the state of their

[4] (1969), 71 W.W.R. 317, appeal quashed, [1970] S.C.R. 438.
[5] (1969), 7 D.L.R. (3d) 638.
[6] [1972] 1 O.R. 173.

personne visée peut être contrainte d'effectuer les paiements indépendamment de la garantie, et que celle-ci soit ou ne soit pas, en fin de compte, suffisante pour assurer les paiements.

Les termes pertinents de l'art. 11, par. (1), al. *a*) de la *Loi sur le divorce* («. . . le tribunal peut . . . rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir: *a*) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien. . .») autorisent le tribunal à rendre un ensemble d'ordonnances. Je suis d'accord avec M. le juge d'appel Freedman (tel était son titre à l'époque), qui disait dans l'arrêt *Kumpas c. Kumpas*[4], à la p. 319 que les mots-clés de l'art. 11, par. (1) sont les mots «une ou plusieurs des ordonnances suivantes», et que le pouvoir du tribunal ne se limite pas à rendre seulement un des genres d'ordonnances spécifiés à l'art. 11, par. (1), al. *a*) (ou seulement un des genres semblables spécifiés à l'art. 11 par. (1), al. *b*), disposition qui s'adresse à l'épouse en faveur du mari). La Division d'appel de l'Alberta a envisagé l'art. 11, par. (1) de la même façon dans l'affaire *Switzer v. Switzer*[5], ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Raffin v. Raffin*[6], et, à mon avis, c'est voir juste.

Les genres d'ordonnances spécifiés sont (1) une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention d'une somme globale; (2) une ordonnance enjoignant d'effectuer le paiement d'une somme globale (3) une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention de sommes échelonnées; et (4) une ordonnance enjoignant d'effectuer le paiement de sommes échelonnées. Je ne m'occupe pas, en l'espèce, de l'aspect discrétionnaire de l'art. 11, par. (1), c'est-à-dire des cas où devrait être ordonné le paiement d'une somme globale plutôt que celui d'une somme hebdomadaire, mensuelle ou annuelle, ou des cas où il faudrait

[4] (1969), 71 W.W.R. 317, appel annulé, [1970] R.C.S. 438.
[5] (1969), 7 D.L.R. (3d) 638.
[6] [1972] 1 O.R. 173.

health, their means and their present livelihood, the likelihood of remarriage and their dependants. The question in this case is whether in the combination of orders that can be made under s. 11(1) there may be included an order to make periodic payments and concurrently an order to secure those payments, as contrasted with an order to secure periodic payments, such payments to be made only out of the security.

I should say at once that no warrant for such an order can be found in s. 12(*b*) of the *Divorce Act* which empowers a court in making an order under s. 11 to "impose such terms, conditions or restrictions as the court thinks fit and just". This provision does not enlarge the classes or types of orders that may be made, but operates in respect of those that s.11 authorizes. What, then, are the limits of that authorization?

There is no doubt that the *Divorce Act* has enlarged the court's powers as to the types of maintenance orders that it can make beyond those that are prescribed under the superseded *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265. This provincial Act, similar to the legislation considered in the *Shearn* case, *supra*, extends only to orders securing a gross or annual sum and to orders for monthly or weekly sums; it excludes power to order a lump sum payment *simpliciter* and power to order secured monthly or weekly payments to be made out of the security: see *Maynard v. Maynard*[7]; *McColl v. McColl*[8]. *A fortiori*, it excludes any power to

[7] [1951] S.C.R. 346.
[8] [1953] O.R. 1017.

ordonner que soit effectué le paiement ou assuré l'obtention d'une somme globale en plus de sommes échelonnées. Cela comporte une foule de considérations, notamment l'âge de chacune des parties, leur état de santé, leurs ressources pécuniaires et leurs moyens de subsistance, la probabilité de remariage et les personnes à leur charge. La question en l'espèce est de savoir si, dans l'ensemble d'ordonnances qu'on peut rendre en vertu de l'art. 11, par. (1), on peut inclure une ordonnance enjoignant d'effectuer des paiements périodiques et en même temps une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention de ces paiements, par opposition à une ordonnance enjoignant d'assurer l'obtention de paiements périodiques, à être effectués par prélèvement sur la garantie fournie.

Je dois dire tout de suite que l'on ne peut trouver aucune autorisation de rendre une telle ordonnance dans l'al. *b*) de l'art. 12 de la *Loi sur le divorce,* aux termes duquel le tribunal qui rend une ordonnance en vertu de l'art. 11 peut «imposer les modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées». La disposition n'augmente pas le nombre des catégories d'ordonnances ou genres d'ordonnances qu'on peut rendre, mais elle s'applique aux ordonnances qu'autorise l'art. 11. Quelles sont, alors, les limites de cette autorisation?

Il ne fait aucun doute que la *Loi sur le divorce* a étendu les pouvoirs du tribunal quant aux genres d'ordonnances relatives à l'entretien qu'il peut rendre au-delà de ce qui est prescrit dans la loi remplacée dite *Matrimonial Causes Act,* R.S.O. 1970, c. 265. Cette loi provinciale, dont les dispositions sont analogues à celles étudiées dans l'affaire *Shearn,* précitée, s'applique seulement aux ordonnances enjoignant d'assurer l'obtention d'une somme globale ou annuelle et aux ordonnances pour des sommes mensuelles ou hebdomadaires; elle ne confère pas le pouvoir d'ordonner le paiement d'une somme globale purement et simplement ni celui d'ordonner

order periodic payments and to direct that security be posted to which resort may be had in case of default in making those payments.

It was held in *Johnstone v. Johnstone*[9], that this last-mentioned type of order, one that is in issue in this appeal, cannot be made under the *Divorce Act*. (I should point out that Lacourcière J. also held that the court could not order payment of both periodic sums and a lump sum for maintenance and, in this respect, he was in error). The judgment of Lacourcière J. in that case was not followed by Galligan J. in *Timmins v. Timmins*, an unreported decision of September 1, 1971 in which an order was made for an annual sum payable monthly, for a lump sum payment and for a charge directed against various enumerated assets of the respondent husband which were to be held as security for the lump sum and periodic payments. In *Legare v. Legare*, also an unreported judgment of Galligan J. of November 29, 1971, affirmed without written reasons by the Court of Appeal on June 14, 1973, the order was for a monthly periodic payment to be secured against certain realty and for a lump sum payment to be secured against the proceeds of the sale of a house. The payments appear to have been ordered not out of the security but apart therefrom.

The point under discussion was touched upon by the Alberta Appellate Division in *Switzer v. Switzer supra*, and I read the reasons of McDer-

[9] [1969] 2 O.R. 765.

que des paiements mensuels ou hebdomadaires dont l'obtention est assurée soient prélevés sur la garantie: voir l'arrêt *Maynard c. Maynard*[7], et l'arrêt *McColl v. McColl*[8]. Elle exclut donc, *a fortiori*, le pouvoir d'ordonner des paiements périodiques et de prescrire le dépôt d'une garantie qui puisse servir en cas de défaut de faire ces paiements.

Dans l'affaire *Johnstone v. Johnstone*[9], il a été décidé qu'une ordonnance de ce genre mentionné en dernier lieu, un genre d'ordonnance qui se trouve à être en litige en ce pourvoi, ne peut être rendue en vertu de la *Loi sur le divorce*. (Je dois faire remarquer que le juge Lacourcière a aussi décidé que le tribunal ne peut pas ordonner à la fois le paiement de sommes échelonnées et d'une somme globale pour l'entretien, et, qu'à cet égard, il a fait erreur.) Le jugement du juge Lacourcière en cette affaire-là n'a pas été suivi par le juge Galligan dans l'affaire *Timmins c. Timmins*, une décision non publiée rendue le 1er septembre 1971 et portant un ordre de payer une somme annuelle en versements mensuels, de payer une somme globale et de grever d'une charge certains biens désignés du mari intimé qui devaient être détenus en garantie du versement de la somme globale et des paiements périodiques. Dans l'arrêt *Légaré c. Légaré*, autre jugement non publié du juge Galligan, en date du 29 novembre 1971, que la Cour d'appel a confirmé le 14 juin 1973 sans donner de motifs par écrit, l'ordre était donné d'affecter certains biens immobiliers à la garantie de paiements périodiques mensuels et d'affecter le produit de la vente d'une maison à la garantie de l'obtention d'une somme globale. Il semble que le juge ait ordonné d'effectuer les paiements indépendamment de la garantie fournie et non pas par prélèvement sur cette garantie.

Le point en discussion a été abordé par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Switzer c. Switzer*, précitée, et j'interprète les motifs de

[7] [1951] R.C.S. 346.
[8] [1953] O.R. 1017.
[9] [1969) 2 O.R. 765.

mid J.A. for the Court to say that such an order as that in issue here cannot be made under the *Divorce Act*. At p. 643 of his reasons McDermid J.A. says this:

> The wording in the Act is the Court may make an order "requiring the husband to secure". The section to my mind contemplates that the Court shall direct the husband to do the things that are necessary to make the security effective and may order him to execute an instrument whereby the sum ordered to be paid is effectively secured on the property. The husband, however, is not personally liable to pay the periodic sums where he has been ordered to secure such sums. In respect of any sum ordered to be paid by the Court but not secured he is, of course, personally liable to pay such sums.

I agree with this view of s. 11(1) of the *Divorce Act*. That provision is just not ample enough to support an order to pay periodic sums and concurrently an order to provide security without directing that the sums be paid out of the security. This is not a case of Tweedledum and Tweedledee. For the husband (or wife, as the case may be) to be ordered to put up security out of which a gross or annual sum or a periodic sum is to be paid is one thing (he or she is then free of any further obligation so long as the order remains in force without variation); for him (or her) to be ordered to make periodic payments and, in addition, to put up security to answer for any of such payments if there is default is something different. It is for Parliament to make this possible by amendment of the *Divorce Act* if it so pleases.

I would accordingly allow the appeal, but would remit the case to the Court of Appeal to consider whether it wishes to secure maintenance to the wife within the limits permitted by s. 11(1)(*a*) as construed in these reasons. I do

M. le juge d'appel McDermid comme disant qu'une ordonnance du genre de celle qui est en litige ici ne peut être rendue en vertu de la *Loi sur le divorce*. A la p. 643 de ses motifs, je lis ce qui suit:

> [TRADUCTION] Aux termes de la Loi, le tribunal peut rendre une ordonnance «enjoignant au mari d'assurer l'obtention . . .». A mon sens, l'article envisage que le tribunal ordonnera au mari de faire le nécessaire pour que la garantie soit effective, et que le tribunal pourra lui ordonner de passer un acte par lequel l'obtention de la somme qu'on a donné l'ordre de payer se trouve assurée de façon effective par les biens. Le mari, toutefois, n'est pas personnellement tenu de payer les sommes échelonnées quand on lui a ordonné d'assurer l'obtention de telles sommes. Évidemment, relativement à toute somme qu'on donne l'ordre de payer mais dont l'obtention n'est pas assurée, il est personnellement tenu de payer de telles sommes.

Je me range à cet avis au sujet de l'art. 11, par. (1), de la *Loi sur le divorce*. La disposition dont il s'agit n'a tout simplement pas la portée voulue pour autoriser une ordonnance enjoignant de payer des sommes échelonnées et en même temps une ordonnance enjoignant de fournir une garantie sans préciser que les sommes doivent être payées par prélèvement sur la garantie fournie. Ce n'est pas du pareil au même. C'est une chose que d'ordonner au mari (ou à l'épouse, selon le cas) de déposer une garantie sur laquelle doit être prélevé le versement d'une somme globale ou annuelle ou de sommes échelonnées (il ou elle n'a pas alors d'autre obligation tant que l'ordonnance reste en vigueur sans être modifiée); mais c'est toute autre chose que d'ordonner au mari (ou à l'épouse) d'effectuer des paiements échelonnés et, en plus, de déposer une garantie pour assurer l'obtention de ces paiements en cas de défaut. C'est au Parlement qu'il appartient de rendre cela possible par une modification à la *Loi sur le divorce*, si tel est son bon plaisir.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel qui pourra décider si elle veut assurer l'obtention de l'entretien de l'épouse dans les limites permises par l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 11, tel

not think that this is a case for any order as to costs in this Court.

The judgment of Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting in part*)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery in this case by the Chief Justice of this Court and I agree with him on the first point. In my view, the decree nisi cannot be made conditional upon the previous provision of a specified security.

With due respect, I am not convinced that we should determine the second point. Indeed, I am not convinced that in the proper case the Courts do not have the power to order security to be provided for the periodic maintenance payments, which nevertheless would continue to be made independently, with the security to stand as a guarantee of payment. However, in my view of the case, it is not necessary to deal with this point.

I would allow the appeal and would remit the case to the Court of Appeal for reconsideration.

*Appeal allowed with no order as to costs.*

*Solicitors for the appellant: Scott & Aylen, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Hughes, Laishley, Mullen, Touhey & Sigouin, Ottawa.*

qu'il est interprété dans les présents motifs. A mon avis, il n'y a pas lieu, en l'espèce, de rendre une ordonnance sur les dépens en cette Cour.

Le jugement des juges Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident en partie*)—J'ai lu les motifs rédigés par le Juge en chef de cette Cour en vue du jugement à rendre dans la présente espèce et je suis d'accord avec lui sur le premier point. A mon avis le jugement conditionnel de divorce ne peut être assujetti au dépôt préalable d'une garantie spécifiée.

Avec tout le respect dû, je ne suis pas convaincu qu'il soit nécessaire de statuer sur le second point. En effet, je ne suis pas convaincu que dans une affaire appropriée les tribunaux soient inhabiles à ordonner qu'une garantie soit fournie pour les paiements échelonnés d'entretien, qui n'en continueraient pas moins d'être effectués indépendamment de semblable garantie, celle-ci devant subsister comme gage de paiement. Cependant, comme je vois la présente espèce, il n'est pas nécessaire de statuer sur ce point.

Je ferais donc droit au pourvoi et je renverrais le dossier devant la Cour d'appel pour nouvel examen.

*Appel accueilli sans adjudication sur les dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Scott & Aylen, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée: Hughes, Laishley, Mullen, Touhey & Sigouin, Ottawa.*

**Brunswick Construction Limitée** *Appellant*;

and

**Bernard E. Nowlan**

and

**Louise D. Nowlan** *Respondents.*

1973: October 4, 5; 1974: April 29.

Present: Judson, Ritchie, Spence, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

*Contract—Building contract—Breach of contract—Duty of contractor—Architect's plan defective—Liability of contractor for negligence.*

The architect retained by Bernard Nowlan in 1962 to prepare a plan for the construction of a house after completing the plans recommended the appellant as contractor. In August, 1962 the appellant entered a written contract with Bernard Nowlan for construction of the house for the sum of $22,477 excluding plumbing, heating, painting and electrical work. The contractor was to furnish all material and perform all the work shown on the drawings and described in the specifications prepared by the architect. The respondents moved into the new house in late November, 1962 and shortly thereafter found that the roof was leaking. Further and more extensive leaks occurred and in 1964 it was necessary to repair the north side of the roof and the flashings around the joints. The leaking persisted and by 1966 major repairs were done at a cost of $1,100 but these still failed to correct the lack of ventilation which was found to be the cause of the problem.

*Held* (Dickson J. dissenting): The appeal should be dismissed with costs.

*Per* Judson, Ritchie, Spence and Laskin JJ.: The appellant carried out the work of building the house without the supervision of any engineer or the assistance of the architect and must be taken to have accepted the fact that the respondents were relying entirely on its skill and attention as a contractor. It should have recognized the defects in the plans and warned the respondents of the danger inherent in executing them having particular regard to the absence of any adequate provision for ventilation.

**Brunswick Construction Limitée** *Appelante*;

et

**Bernard E. Nowlan**

et

**Louise D. Nowlan** *Intimés.*

1973: les 4 et 5 octobre; 1974 le 29 avril.

Présents: Les juges Judson, Ritchie, Spence, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Contrat—Contrat de construction—Violation de contrat—Obligation de l'entrepreneur—Plan défectueux de l'architecte—Responsabilité de l'entrepreneur.*

L'architecte dont les services avaient été retenus par Bernard Nowlan en 1962 pour la préparation d'un plan de construction d'une maison, a recommandé, une fois les plans terminés, que l'appelante soit l'entrepreneur. Au mois d'août 1962, l'appelante a conclu avec Bernard Nowlan un contrat écrit en vue de la construction de la maison pour la somme de $22,477, à l'exclusion de la plomberie, du chauffage, de la peinture et de l'électricité. L'entrepreneur devait fournir tous les matériaux et exécuter tous les travaux indiqués dans les dessins et décrits dans le devis préparé par l'architecte. Les intimés ont emménagé dans leur nouvelle maison vers la fin de novembre 1962 et peu de temps après, ils ont constaté que le toit coulait. Un coulage encore plus considérable s'est produit et en 1964, il a été nécessaire de réparer le côté nord du toit et les garnitures entourant les joints. Les fuites ont persisté et dès 1966 des réparations d'importance majeure ont été faites au coût de $1,100 mais ces travaux n'ont pas corrigé le manque d'aération qui s'est avéré la cause du problème.

*Arrêt* (le juge Dickson étant dissident): Le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

*Les* juges Judson, Ritchie, Spence et Laskin: L'appelante a exécuté les travaux de construction sans la surveillance d'un ingénieur ou l'aide de l'architecte et elle doit être considérée comme ayant accepté le fait que les intimés se fiaient entièrement à son habileté et à son attention comme entrepreneur. Elle aurait dû reconnaître les lacunes dans les plans et prévenir les intimés du danger inhérent à leur exécution, eu égard particulièrement à l'absence de prévisions appropriées pour l'aération.

*Per* Dickson J. (*dissenting*): There is nothing in the contract which imposes a duty on the contractor to detect faults in the design plans prepared by the owner's architects or which imposes a duty to inform the owners that the plans are faulty in design.

[*Steel Co. of Canada Ltd. v. Willand Management Ltd.*, [1966] S.C.R. 746 applied.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division[1] allowing an appeal from a judgment of Barry J. at trial. Appeal dismissed with costs, Dickson J. dissenting.

*Robert C. Rice, Q.C.*, and *Jean-Claude Angers*, for the appellant.

*Adrian B. Gilbert, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of Judson, Ritchie, Spence and Laskin JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgement of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick setting aside the judgement rendered at trial by Barry J. whereby he had dismissed the respondents' claim for damages resulting from faulty workmanship and construction of a house which the appellant had agreed to build and which subsequently turned out to be virtually uninhabitable. The Appeal Division directed that the respondents should have judgement against the appellant in the amount of $36,068.48 which was the amount provisionally fixed by the trial judge.

Early in the year 1962 the respondent Dr. Nowlan retained an architect, one Romeo Savoie of the firm of Savoie and Carrière Architects to prepare a plan for the construction of a house which was to be built on land owned by Mrs. Nowlan. After the plans had been completed, Savoie recommended the appellant, Brunswick Construction Limitée as contractors for the building of the house, and on August 15, 1962, this company entered into a written contract under seal with Bernard Nowlan for construction of the house for the sum of $22,477,

[1] (1972), 5 N.B.R. (2d) 529.

*Le* juge Dickson (*dissident*): Il n'y a rien dans le contrat qui impose à l'entrepreneur le fardeau de déceler les fautes contenues dans les dessins préparés par les architectes des propriétaires ou qui lui impose un devoir d'informer les propriétaires que les plans contiennent des erreurs de conception.

[Arrêt appliqué: *Steel Co. of Canada Ltd. c. Willand Management Ltd.*, [1966] R.C.S. 746]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick[1] qui a accueilli un appel du jugement rendu en première instance par le juge Barry. Pourvoi rejeté avec dépens, le juge Dickson étant dissident.

*Robert C. Rice, c.r.*, et *Jean-Claude Angers*, pour l'appelante.

*Adrian B. Gilbert, c.r.*, pour les intimés.

Le jugement des juges Judson, Ritchie, Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick infirmant le jugement rendu en première instance par M. le juge Barry, qui avait rejeté la réclamation en dommages-intérêts des intimés pour malfaçons dans la construction d'une maison que l'appelante s'était engagée à construire et qui plus tard s'est avérée pour ainsi dire inhabitable. La Division d'appel a ordonné que jugement soit inscrit en faveur des intimés contre l'appelante au montant de $36,068.48, soit le montant provisoirement fixé par le premier juge.

Tôt en 1962, l'intimé, le Dr Nowlan, a retenu les services d'un architecte, M. Roméo Savoie, de la firme Savoie et Carrière, pour la préparation d'un plan de construction d'une maison devant être érigée sur un terrain appartenant à Mme Nowlan. Une fois les plans terminés, Savoie a recommandé que l'appelante Brunswick Construction Limitée soit l'entrepreneur chargé de la construction de la maison, et le 15 août 1962 cette compagnie a conclu avec Bernard Nowlan un contrat écrit et scellé en vue de la construction de la maison pour la somme de

[1] (1972), 5 N.B.R. (2d) 529.

excluding plumbing, heating, painting and electrical work. Under the contract the contractor was to furnish all material and perform all the work shown on the drawings and described in the specifications prepared by Savoie. No architect's name was inserted in the Nowlan's copy of the contract but the name Savoie and Carrière appears on the company's copy as the "engineer". It is not disputed that the house was to be built according to the plan prepared by Savoie and it was to be substantially completed by October 1, 1962, "as certified by the engineer".

Article 9 of the "General Conditions of the Contract" provides that "the engineer shall have general supervision and direction of the work, but the contractor shall have complete control, subject to Article 11, of his organization" and the last sentence of Article 11 reads: "The contractor shall give efficient supervision to the work using his best skill and attention." In fact no representative of Savoie and Carrier acted as engineer to supervise and direct the work and no one else was appointed in that capacity, with the result that the contractor assumed full responsibility for carrying out the work, and I agree with Mr. Justice Bugold when he says, in the course of the reasons for judgment which he delivered in the Appeal Division:

> It is clear from the evidence, that the Owners did not engage the architects to supervise the construction. They relied entirely upon the experience, judgment and skill of the Contractor in this respect.

Although the Savoie plan was to be followed in building the house, it is noteworthy that it was not accompanied by any adequate specifications which were in fact limited to a few pencilled notes scratched on the face of the plan.

The respondents moved into the new house in late November, 1962, and shortly thereafter found that the roof was leaking and upon com-

$22,477, à l'exclusion de la plomberie, du chauffage, de la peinture et de l'électricité. En vertu du contrat, l'entrepreneur devait fournir tous les matériaux et exécuter tous les travaux indiqués dans les dessins et décrits dans le devis préparé par Savoie. Le nom de l'architecte n'apparaît pas dans l'exemplaire de contrat appartenant à Nowlan mais le nom Savoie et Carrière figure comme nom de «l'ingénieur» dans l'exemplaire de la compagnie. Personne ne conteste que la maison devait être construite conformément au plan préparé par Savoie et qu'elle devait être substantiellement achevée avant le 1er octobre 1962, «selon le certificat de l'ingénieur».

L'article 9 des «Conditions générales du contrat» stipule que «La surveillance et la direction générales des travaux incombent à l'Ingénieur, mais l'Entrepreneur, subordonnément à l'article 11, exercera sur son propre personnel une autorité absolue» et la dernière phrase de l'article 11 se lit: «L'Entrepreneur devra surveiller les travaux diligemment, et y consacrer toute son attention et toute son habileté.» En fait, aucun représentant de Savoie et Carrière n'a agi comme ingénieur pour assurer la surveillance et la direction des travaux et personne d'autre n'a été nommé en cette qualité, avec le résultat que l'entrepreneur a assumé l'entière responsabilité de l'exécution des travaux, et je suis d'accord avec M. le juge Bugold lorsqu'il dit, dans les motifs de jugement qu'il a rédigés en Division d'appel:

> [TRADUCTION] La preuve fait clairement voir que les propriétaires n'ont pas engagé les architectes pour surveiller la construction. Ils se sont fiés entièrement à l'expérience, au jugement et au savoir-faire de l'entrepreneur à cet égard.

Bien que le plan de Savoie dût être suivi en construisant la maison, il est bon de signaler qu'il n'était pas accompagné de descriptions convenables, qui sont limitées en fait à quelques notes griffonnées au crayon sur le plan.

Les intimés ont emménagé dans leur nouvelle maison vers la fin de novembre 1962 et peu de temps après ils ont constaté que le toit coulait;

plaints being made to the appellant, that company engaged a roofing and sheet metal expert, named Angotti, to remedy the defects, but further and more extensive leaks occurred and in 1964 the same roofing expert was retained by the appellant to repair the north side of the roof and the flashings around the joints. The leaking, however, persisted and by 1966 such a serious condition existed that Angotti was called in by the appellant to make extensive major repairs at a cost of $1,100, but even this work did not correct the lack of ventilation which appears to have been the root cause of the trouble. In this latter regard the learned trial judge found:

I conclude that the plans of the roof and walls contained no provision for ventilation or 'venting' as it is called and that such lack was a prime factor in the deterioration of the roof structure and the walls. The plans lacked adequate provision for 'strapping' which would have created air spaces. Condensation and humidity in insulated wooden buildings containing heat without air circulation are price(sic) causes of deterioration.

In 1970, Dr. Nowlan decided to make an addition to the house and for this purpose engaged a carpenter named Bernier whose task involved opening up the west wall of the original building where a very serious rotting condition was found around the windows, the posts supporting the beams of the ceiling and the outside plate of the rafters. Other openings were made around the structure which disclosed that the rotting condition was very extensive. As a result of Bernier's discoveries, the respondent retained an architect named Arnoud who conducted a thorough examination of the building and the gist of whose evidence at the trial is described by the learned trial judge as follows:

I would not have rebuilt it according to those plans because according to experience I know it was a bad construction and we have the proof there. We have examples of rotten wood and redwood boards all cracked and warped . . . . . If we rebuilt the walls according to the Savoie plans, we would arrive at the conditions that happened . . . . . The humidity

ils se sont plaints à l'appelante qui a engagé un expert en couverture et en tôlerie, nommé Angotti, pour corriger les défauts, mais un coulage encore plus considérable s'est produit et en 1964 l'appelante a retenu les services du même expert en couverture pour réparer le côté nord du toit et les garnitures entourant les joints. Les fuites ont cependant persisté et dès 1966 la situation était devenue tellement mauvaise que l'appelante a demandé à Angotti d'effectuer des réparations d'importance majeure au coût de $1,100, mais même les travaux effectués alors n'ont pas corrigé le manque d'aération qui paraît avoir été la source du mal. A ce sujet le savant juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] Je conclus que les plans du toit et des murs n'avaient rien prévu pour l'aération ou la «ventilation», comme on l'appelle, et que cette lacune a été un facteur important dans la détérioration de la charpente du toit et des murs. Des planchettes qui auraient créé des espaces vides n'étaient pas prévues dans les plans comme il eût convenu. La condensation et l'humidité dans des bâtiments de bois calorifugés renfermant de la chaleur sans circulation d'air sont des causes primordiales de détérioration.

En 1970, le Dr Nowlan a décidé d'ajouter une rallonge à la maison et à cette fin il a engagé un charpentier du nom de Bernier dont le travail a consisté entre autres choses à pratiquer une ouverture dans le mur ouest de la construction initiale, où on a découvert un état de pourriture très avancé autour des fenêtres, des poteaux supportant les poutres du plafond, et de la lisse extérieure des chevrons. D'autres ouvertures pratiquées à l'entour ont permis de constater que la pourriture était considérable. Suite aux découvertes de Bernier, l'intimé a retenu les services d'un architecte nommé Arnoud qui a fait un examen minutieux de la maison et dont l'essentiel du témoignage lors du procès est rapporté dans les termes suivants par le juge de première instance:

[TRADUCTION] Je ne l'aurais pas rebâtie d'après ces plans-là parce que d'après mon expérience je sais que c'était une mauvaise construction et la preuve en est là. Nous avons des exemples de bois pourri et de planches de bois rouge toutes craquelées et gauchies . . . Si nous avions refait les murs d'après les plans de Savoie, nous aurions abouti aux mêmes

would stay or retain in the walls rotting not only by reason of lack of ventilation . . . . . I am an architect and I respect the codes of the country and I know perfectly that is was a bad type of construction and I would not have not have used it. There was no strapping to permit the drying of the wall . . . . . We would not use the Savoie windows—they were badly designed . . . . . I would not use the roof plans of Savoie for the same reasons—there was no ventilation of the roof—the inside wood of the roof could not do otherwise but rot rapidly.

résultats . . . L'humidité demeurerait ou serait retenue dans les murs qui pourriraient non seulement par suite du manque d'aération . . . Je suis un architecte et je respecte les codes du pays et je sais parfaitement que c'était un mauvais type de construction et que je ne m'en serais pas servi. Il n'y avait pas de planchettes intérieures pour permettre aux murs de sécher . . . Nous n'utiliserions pas les fenêtres de Savoie - elles étaient mal conçues . . . Je n'utiliserais pas les plans de Savoie pour le toit, pour les mêmes raisons - il n'y avait pas d'aération du toit - le bois à l'intérieur du toit ne pouvait faire autrement que de pourrir vite.

In the result, Mr. Arnoud prepared new plans and specifications. The original building was completely reconstructed, not as to floor plan but as to method, and with a completely different type of windows.

En fin de compte, M. Arnoud a préparé de nouveaux plans et devis. La construction originale fut complètement refaite, non quant à l'aménagement des pièces mais quant à la méthode, et avec des fenêtres de modèle complètement différent.

The trial judge found that the major responsibility for the condition of the house rested upon the architect whose plans were obviously defective, but he also found that there was evidence of bad workmanship on the part of the appellant. The architect was not sued and Mr. Justice Barry took the view that the contractor was in no way responsible for damages resulting from the implementation of the defective plans. He does, however, appear to have thought that the respondents had a claim for poor workmanship which he dismissed on the ground that there was not enough evidence to enable him to make a separate assessment which would reflect the amount of damage attributable to that cause. In this regard, Barry J. said:

Le juge de première instance a conclu que la responsabilité première pour l'état de la maison incombait à l'architecte dont les plans étaient évidemment défectueux, mais il a aussi conclu qu'il y avait preuve d'une mauvaise exécution technique par l'appelante. L'architecte n'a pas été poursuivi et M. le juge Barry a estimé que l'entrepreneur n'est aucunement responsable des dommages résultant de la mise en œuvre des plans défectueux. Il paraît cependant avoir pensé que les intimés avaient un droit de réclamation pour une exécution technique médiocre, réclamation qu'il a rejetée pour le motif qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour lui permettre d'établir une évaluation séparée qui traduirait le montant des dommages imputables à cette cause-là. A cet égard, M. le juge Barry a dit:

The fact remains that the plaintiffs did have a claim for poor workmanship, but I have already stated that I have no evidence of the cost of such repairs and I cannot even estimate them in any manner I am able to think of at the moment. It would be pure conjecture on the part of the court to endeavour to assess any damages under this heading . . . . . Apparently the claim was asserted on practically an 'all or nothing' basis. No distinction was made between damages caused by poor design and that caused by faulty workmanship.

[TRADUCTION] Le fait demeure que les demandeurs avaient une réclamation pour exécution technique médiocre, mais j'ai déjà dit ne pas avoir de preuve du coût de telles réparations et je suis incapable dans le moment d'imaginer comment je pourrais même les évaluer. Ce serait pure conjecture de la part du tribunal que d'entreprendre d'évaluer des dommages sous cette rubrique. . . . Apparemment la réclamation a été faite pratiquement sur une base de «tout ou rien». On n'a pas fait de distinction entre les dommages imputables à un plan médiocre et ceux imputables à une exécution technique fautive.

The trial judge, however, found himself able to make a provisional assessment of the damages resulting from the defective building and other incidental expenses at $36,068.48 which figure was not challenged in the Appeal Division or in this Court.

Mr. Justice Limerick, in delivering the majority opinion of the Appeal Division, with which Mr. Justice Hughes agreed, took the view that the contractor and the architect were jointly and severally liable as concurrent wrongdoers and said, in allowing the appeal:

> If the design had provided proper ventilation there would have been no dry rot even though leaks occurred due to poor workmanship. Even though the design was poor there would have been no dry rot if the roof had been impervious to water and a proper drain installed and proper vapor barriers and insulation installed and windows had been properly constructed according to the plan.
>
> Where there are concurrent torts, concurrent breaches of contract or a breach of contract and a concurrent tort both contributing to the same damage, whether or not the damage would have occurred in the absence of either cause, the liability is a joint and several liability and either party causing or contributing to the damage is liable for the whole damage to the person aggrieved.
>
> The defendant is a concurrent wrongdoer and the fact that the damage might not have occurred but for the poor design of the building does not excuse him from the liability arising out of his poor workmanship and inadequate material supplied by him.

Mr. Justice Bugold, who gave separate reasons for judgment, reached the same conclusion and, while agreeing that poor workmanship on the part of the appellant contributed to the unsatisfactory condition of the house, his judgment appears to be founded on the appellant's breach of an implied warranty in the contract that the house would be reasonably fit for the purpose for which it was required, namely, human habitation.

Le juge de première instance, cependant, a estimé pouvoir évaluer provisoirement à $36,068.48 les dommages résulant du bâtiment défectueux et les autres frais incidents; ce chiffre n'a pas été contesté dans la Division d'appel ou en cette Cour.

M. le juge Limerick, en énonçant l'avis de la majorité de la Division d'appel, auquel M. le juge Hughes a souscrit, a adopté le point de vue que l'entrepreneur et l'architecte étaient solidairement responsables à titre de coauteurs et il a dit, en accueillant l'appel:

> [TRADUCTION] Si le plan avait prévu une aération convenable il n'y aurait pas eu de pourriture sèche même si du coulage s'est produit à cause d'une exécution technique médiocre. Même si le plan était médiocre il n'y aurait pas eu de pourriture sèche si le toit avait été imperméable et si un système de drainage approprié avait été installé, de même que des pare-vapeur et isolants thermiques appropriés, et si les fenêtres avaient été construites convenablement d'après le plan.
>
> Lorsqu'il existe des fautes délictuelles conjuguées, des violations de contrat conjuguées ou une violation de contrat et une faute délictuelle conjuguées contribuant toutes au même dommage, que le dommage se fût ou non produit en l'absence de l'une ou l'autre des deux causes, la responsabilité est solidaire, et chacune des deux parties qui ont causé le dommage ou y ont contribué est responsable de la totalité du dommage envers la personne lésée.
>
> Le défendeur est un coauteur et le fait que le dommage aurait pu ne pas se produire, n'eût été le plan médiocre du bâtiment, ne l'exempte pas de la responsabilité découlant de son exécution technique médiocre et des matériaux insatisfaisants qu'il a fournis.

M. le juge Bugold, qui a rédigé des motifs de jugement distincts, est arrivé à la même conclusion et, bien qu'il reconnaisse que l'exécution technique médiocre de l'appelante a contribué à l'état insatisfaisant de la maison, son jugement paraît fondé sur ce que l'appelante a violé une garantie implicite dans le contrat, selon laquelle la maison serait raisonnablement appropriée aux fins auxquelles on la destinait, savoir, à des fins d'habitation par des humains.

In the present case, as I have indicated, the appellant carried out the work of building the house without the supervision of any engineer or the assistance of the architect and I think the appellant must therefore be taken to have accepted the fact that the respondents were relying entirely on its skill and attention as a contractor and this is particularly so having regard to the provisions of Article 11 of the Conditions of the Contract to which I have already referred.

In the course of his reasons for judgment, Mr. Justice Bugold described the president of the appellant company in the following terms:

> Mr. Durette was president and general manager of the construction company at the time. He had 22 to 24 years experience in the construction business. His company built an average of 100 to 200 houses a year as well as having been engaged in building schools, churches and any type of building. With his vast building experience there can be no doubt that he would be very proficient in the study and interpretation of plans and specifications. Since the design of the house was bad this fact should or ought to have been detected by him and, in that event, was he duty bound to advise the Owners that the plans prepared by the architects were not suitable for the intended permanent work.

In my opinion a contractor of this experience should have recognized the defects in the plans which were so obvious to the architect, Arnoud, subsequently employed by the respondents, and, knowing of the reliance which was being placed upon it, I think the appellant was under a duty to warn the respondents of the danger inherent in executing the architect's plans, having particular regard to the absence therein of any adequate provision for ventilation. Like Mr. Justice Bugold, I take the following excerpt from *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10th ed. at p. 291, which was adopted by this Court in *Steel Company of Canada Limited v. Willand Management Limited*[2] at pp. 753 and 754, as having direct application to this case:

[2] [1966] S.C.R. 746.

Dans la présente affaire, comme je l'ai déjà indiqué, l'appelante a exécuté les travaux de construction sans la surveillance d'un ingénieur ou l'aide de l'architecte et je crois que l'appelante doit donc être considérée comme ayant accepté le fait que les intimés se fiaient entièrement à son habileté et à son attention comme entrepreneur, ce qui est particulièrement vrai eu égard aux dispositions de l'article 11 des «Conditions du contrat» dont j'ai déjà fait mention.

Dans ses motifs de jugement, M. le juge Bugold a décrit le président de la compagnie appelante dans les termes que voici:

> [TRADUCTION] M. Durette était président et directeur général de la compagnie de construction à l'époque. Il avait de 22 à 24 ans d'expérience dans le domaine de la construction. Sa compagnie bâtissait une moyenne de 100 à 200 maisons par année en plus d'avoir entrepris la construction d'écoles, d'églises et de tout genre de bâtiments. Avec sa vaste expérience en construction, il n'y a aucun doute qu'il doit être très compétent dans l'étude et l'interprétation de plans et devis. Puisque le plan de la maison était mauvais il aurait dû s'en rendre compte et dans ce cas avait-il l'obligation d'avertir les propriétaires que les plans préparés par les architectes ne convenaient pas aux travaux permanents projetés.

A mon avis, un entrepreneur aussi expérimenté aurait dû reconnaître dans les plans les lacunes qui ont été si manifestes pour l'architecte Arnoud, subséquemment employé par les intimés, et, sachant à quel point on se fiait à elle, je crois que l'appelante avait le devoir de prévenir les intimés du danger inhérent à l'exécution des plans de l'architecte, eu égard particulièrement à l'absence dans ces plans de prévisions appropriées pour l'aération. Comme le juge Bugold, je considère que l'extrait suivant de l'ouvrage *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10e éd., à la p. 291, que cette Cour a adopté dans l'arrêt *Steel Company of Canada Limited c. Willand Management Limited*[2], aux pp. 753 et 754, a une application directe à la présente affaire:

[2] [1966] R.C.S. 746.

So a contractor will sometimes expressly undertake to carry out work which will perform a certain duty or function, in conformity with plans and specifications, and it turns out that the works constructed in accordance with the plans and specifications will not perform that duty or function. It would appear that generally the express obligation to construct a work capable of carrying out the duty in question overrides the obligation to comply with the plans and specifications, and the contractor will be liable for the failure of the work notwithstanding that it is carried out in accordance with the plans and specifications. Nor will he be entitled to extra payment for amending the work so that it will perform the stipulated duty.

In the result, I agree with Mr. Justice Bugold that the contractor was in breach of its contract and liable for the failure of the work. I would therefore dismiss this appeal with costs and affirm the judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick.

DICKSON J. (*dissenting*)—The facts in this appeal have been outlined in the reasons of my brother Ritchie and I would not propose to repeat them. This is a building case in which both the architects and the building contractor breached their respective duties to the owners, with resultant damage. The architects have not been sued and the question is whether the building contractor must bear the entire substantial cost of making good the damage. The fault of the architects lay in failure to provide for ventilation in the house design. Lack of ventilation caused dry rot. The fault of the building contractor lay in failure to bring to the task a proper standard of workmanship and, possibly, materials. That failure caused leaking.

The findings of fact by the trial judge, Barry J., on evidence which fully supported the findings, are of the utmost importance:

1. . . . I conclude that the plans of the roof and walls contained no provision for ventilation or "venting" as it is called and that such lack was a prime factor in

[TRADUCTION] Alors il arrive parfois que l'entrepreneur entreprend expressément de construire un ouvrage qui remplira une certaine fin ou fonction, conformément aux plans et devis, et que l'ouvrage construit conformément aux plans et devis ne remplit pas cette fin ou fonction. Il semble qu'en général l'obligation expresse de construire un ouvrage capable de remplir la fin en question l'emporte sur l'obligation de se conformer aux plans et devis, et l'entrepreneur sera tenu responsable de la défaillance de l'ouvrage en dépit du fait qu'il l'a construit conformément aux plans et devis. Il n'aura pas non plus droit à une rémunération supplémentaire pour modifier l'ouvrage de façon à ce que celui-ci remplisse la fin stipulée.

En fin de compte, je pense comme M. le juge Bugold que l'entrepreneur a violé son contrat et qu'il est responsable de la défaillance de l'ouvrage. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick.

LE JUGE DICKSON(*dissident*)—Les faits en l'espèce ont été exposés dans les motifs de mon collègue le juge Ritchie et je n'ai pas l'intention de les répéter. Il s'agit d'une affaire de construction dans laquelle tant les architectes que l'entrepreneur en construction ont violé leurs obligations respectives envers les propriétaires, et causé en ce faisant un dommage. Les architectes n'ont pas été poursuivis et la question est de savoir si l'entrepreneur en construction doit supporter le montant total et élevé qu'il en coûtera pour remédier au dommage. La faute des architectes consiste à n'avoir pas prévu d'aération dans le plan de la maison. Le manque de ventilation a causé de la pourriture sèche. La faute de l'entrepreneur est d'avoir fourni un travail en deça de la norme et, possiblement, des matériaux inadéquats. Cette lacune a causé du coulage.

Les conclusions de fait tirées par le premier juge, M. le juge Barry, à partir d'une preuve qui étaye pleinement ses conclusions, sont de la plus haute importance:

[TRADUCTION] 1. . . . Je conclus que les plans du toit et des murs n'avaient rien prévu pour l'aération ou la «ventilation», comme on l'appelle, et que cette lacune

the deterioration of the roof structure and walls. The plans lacked adequate provision for "strapping" which would have created air spaces. Condensation and humidity in insulated wooden buildings containing heat without air circulation are prime causes of deterioration.

2. . . . the basic cause of by far the greater portion of the damage was caused by faulty design.

3. I repeat and find that there was evidence of poor workmanship in places, but little or no evidence of the use of poor materials, aside from poor design.

4. . . . it was Savoie's (the architect) lack of reasonable skill and judgment in the preparation of the plans which was the basic cause of most of the damage, particularly in failing to provide for the circulation of air in the walls and roof.

The judge was not satisfied that the cause of the damage was the conduct of the building contractor. He said:

It (the Court) must be satisfied by a preponderance of evidence that the cause of the damage was the conduct of the defendant. I am not so satisfied by any means, but rather otherwise . . . .

and dismissed the owners' action but without costs, because of evidence of poor workmanship on the part of the building contractor.

The majority of the Appeal Division (Limerick J.A., with Hughes J.A. concurring) differed from the trial judge in the result but were of opinion that:

While structural design particularly in lack of ventilation contributed greatly to the damage occasioned to the building, the poor workmanship of the defendant and poor quality of materials used also contributed . . . . .

and

If the design had provided proper ventilation there would have been no dry rot even though leaks occurred due to poor workmanship.

Bugold J.A. said:

a été un facteur important dans la détérioration de la charpente du toit et des murs. Des planchettes qui auraient créé des espaces vides n'étaient pas prévues dans les plans comme il eût convenu. La condensation et l'humidité dans des bâtiments de bois calorifugés renfermant de la chaleur, sans circulation d'air, sont des causes primordiales de détérioration.

2. . . . la cause fondamentale de ce qui est de loin la plus grande partie du dommage résulte d'un plan défectueux.

3. Je réitère et conclus qu'il existe une preuve d'exécution technique médiocre en certains endroits, mais peu de preuves, sinon aucune, de l'utilisation de matériaux médiocres, à part d'un plan médiocre.

4. . . . c'est le manque d'habileté et de jugement de Savoie (l'architecte) dans la préparation des plans qui est la cause fondamentale de la plus grande partie du dommage; en particulier, les plans ne prévoient pas de circulation d'air dans les murs et le toit.

Le juge n'était pas convaincu que la cause du dommage résidait dans la conduite de l'entrepreneur en construction. Il a dit:

[TRADUCTION] Elle (la Cour) doit être convaincue par une prépondérance de la preuve que la conduite de la défenderesse a été la cause du dommage. Je suis loin d'être convaincu de cela, mais plutôt d'une autre . . . .

et il a rejeté l'action des propriétaires mais sans dépens, à cause d'une preuve d'exécution technique médiocre par l'entrepreneur en construction.

La majorité de la Division d'appel (le juge Limerick, appuyé par le juge Hughes) a différé d'avis avec le juge de première instance sur la décision à rendre, mais elle a été d'avis que:

[TRADUCTION] Même si le plan de construction, particulièrement l'omission de prévoir une aération adéquate, a contribué grandement au dommage subi par le bâtiment, l'exécution technique médiocre de la défenderesse et la mauvaise qualité des matériaux utilisés ont aussi contribué . . . .

et

Si le plan avait prévu une aération convenable il n'y aurait pas eu de pourriture sèche même si du coulage s'est produit à cause d'une exécution technique médiocre.

Le juge d'appel Bugold a dit:

It is clear from the evidence that the source of all the Owners' trouble was faulty design by the architects and poor workmanship by the contractor.

Although there may be some difference in emphasis, I do not read the judgments in the Appeal Division as in any way a challenge to the findings of the trial judge that the design fault was the "basic cause" of most of the damage.

The majority in the Appeal Division regarded the building contractor as a concurrent wrongdoer and therefore liable for the whole of the damage to the persons aggrieved. Limerick J.A. said:

> Where there are concurrent torts, concurrent breaches of contract or a breach of contract and a concurrent tort both contributing to the same damage, whether or not the damage would have occurred in the absence of either cause, the liability is a joint and several liability and either party causing or contributing to the damage is liable for the whole damage to the person aggrieved. See *Thompson v. The London County Council* [1899] 1 Q.B. 840 C.A. and see Glanville Williams on *Joint Torts and Contributory Negligence 1951, page 2.*
>
> The defendant is a concurrent wrongdoer and the fact that the damage might not have occurred but for the poor design of the building does not excuse him from the liability arising out of his poor workmanship and inadequate material supplied by him.

It is not entirely clear from the words quoted whether the learned judge considered the case to be one of concurrent torts, concurrent breaches of contract or a breach of contract and a concurrent tort; however, if the owners are to succeed they must, I think, having regard to the *Limitations of Actions Act*, R.S.N.B. 1952, c. 133, take the position that their claim against the building contractor sounds in contract, indeed in a specialty contract, if a twenty-year period of limitation and not a six-year period of limitation is to apply. With respect to the breach of duty alleged against the architects for faulty

[TRADUCTION] Il est clair d'après la preuve que la source de tous les maux des propriétaires réside dans le plan défectueux des architectes et l'exécution technique médiocre de l'entrepreneur.

Même si on a pu ne pas souligner de même façon certains points, je n'interprète pas les jugements de la Division d'appel comme attaquant d'une façon quelconque les conclusions du premier juge selon lesquelles la défectuosité du plan a été la «cause fondamentale» de la plus grande partie du dommage.

La majorité de la Division d'appel a considéré l'entrepreneur en construction comme un coauteur du dommage et par conséquent elle l'a tenu responsable pour la totalité du préjudice subi par les personnes lésées. M. le juge d'appel Limerick a dit:

> [TRADUCTION] Lorsqu'il existe des fautes délictuelles conjuguées, des violations de contrat conjuguées ou une violation de contrat et une faute délictuelle conjuguées contribuant toutes deux au même dommage, que le dommage se fût ou non produit en l'absence de l'une ou l'autre des deux causes, la responsabilité est solidaire, et chacune des deux parties qui ont causé le dommage ou y ont contribué est responsable de la totalité du dommage envers la personne lésée. Voir *Thompson v. The London County Council* [1899] 1 Q.B. 840 C.A. et voir Glanville Williams on *Joint Torts and Contributory Negligence 1951, page 2.*
>
> Le défendeur est un coauteur et le fait que le dommage aurait pu ne pas se produire, n'eût été le plan médiocre du bâtiment, ne l'exempte pas de la responsabilité découlant de son exécution technique médiocre et des matériaux insatisfaisants qu'il a fournis.

Le passage cité ne dit pas tout à fait clairement si le savant juge a considéré l'affaire comme un cas de fautes délictuelles conjuguées, de violations de contrat conjuguées, ou de violation de contrat conjuguée avec une faute délictuelle; pour que les propriétaires aient gain de cause, toutefois, ils doivent, je crois, eu égard à la loi dite *Limitations of Actions Act*, R.S.N.B. 1952, c. 133, adopter la position selon laquelle leur réclamation contre l'entrepreneur en construction est contractuelle, voire fondée sur un acte (*specialty*), si un délai de prescription de vingt ans et non de six ans doit s'appliquer. Quant au

design, where there is, as here, a contract, though oral, between owner and architect, the action arises out of a duty undertaken by contract and, in my opinion, sounds in contract and not in tort. On the evidence there were two separate causes of action, one against the architects Savoie & Carrière for breach of a contractual obligation to prepare and supply plans for a house that would be fit for human habitation and another against the building contractor for breach of a contractual obligation to perform the work in a good and workmanlike manner. The contracts are different, the obligations are different and the damage caused by each is different. It is true that, broadly speaking, each contributed to the final unhappy state of affairs, but I think the nature and quantum of damage caused by each can be identified and quantified. At trial the plaintiffs did not seek to segregate the claim for poor workmanship. The trial judge said:

manquement reproché aux architectes pour plan défectueux, lorsqu'il y a, comme en l'espèce, un contrat, bien que verbal, entre le propriétaire et l'architecte, l'action prend sa source dans une obligation assumée par contrat et, à mon avis, constitue un recours contractuel et non délictuel. D'après la preuve il y a eu deux droits d'action distincts, un contre les architectes Savoie et Carrière pour un manquement à une obligation contractuelle de préparer et fournir des plans pour une maison qui convienne à une habitation d'humains, et un autre contre l'entrepreneur en construction pour un manquement à une obligation contractuelle d'exécuter les travaux comme doit le faire un bon ouvrier. Les contrats sont différents, les obligations sont différentes et le dommage causé par chacun est différent. Il est vrai que, généralement parlant, chacun a contribué au malheur ultime, mais je crois qu'il est possible de déterminer et évaluer la nature et le montant du dommage causé par chacun. Au procès les demandeurs n'ont pas tenté d'isoler la réclamation portant sur l'exécution technique médiocre. Le juge de première instance a dit:

> Apparently the claim was asserted on practically an "all or nothing" basis. No distinction was made between damages caused by poor design and that caused by faulty workmanship.

> [TRADUCTION] Apparemment la réclamation a été faite pratiquement sur une base «tout ou rien». On n'a pas fait de distinction entre les dommages imputables à un plan médiocre et ceux imputables à une exécution technique fautive.

During argument before this Court, however, counsel for Dr. and Mrs. Nowlan was asked whether there was any evidence to indicate the damages caused by design as contrasted with the damages caused by bad workmanship and materials. In response, counsel has furnished the Court with the Factum on behalf of Appellants in the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick in which alternative methods of apportionment are advanced, with supporting references to the evidence, should the building contractor not be liable for the whole damage. Damages due to poor workmanship were assessed by one of those methods at $24,176 and by the other method at $20,392.

Au cours des plaidoiries devant cette Cour, cependant, l'avocat du D[r] et de M[me] Nowlan s'est fait demander si une preuve quelconque indiquait les dommages imputables au plan par opposition aux dommages imputables à une mauvaise exécution et à de mauvais matériaux. En réponse, l'avocat a fourni à la cour le Factum des Appelants en Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, dans lequel sont proposées différentes méthodes de répartition des dommages, étayées par des renvois à la preuve, advenant que l'entrepreneur en construction ne soit pas tenu responsable de tous les dommages. Selon l'une de ces méthodes les dommages dus à une exécution médiocre sont de $24,176, et selon l'autre méthode ces dommages sont de $20,392.

In my view, as I have indicated, we are not concerned with concurrent breaches of contract but rather with separate and distinct breaches of contract and we are not concerned with "same damage" but with two different types of damage.

I have studied the authorities cited by the majority of the Appeal Division and I do not think that *Thompson v. London County Council*[3], assists us. The matter there was in tort, the main question was whether the plaintiff could add another party as defendant under Order XVI and the finding was one of no joint tortfeasance. The headnote reads:

The plaintiffs brought an action against the defendants for negligently excavating near the plaintiffs' house, and thereby damaging it. The defendants in their defence denied liability, and attributed the damage wholly or in part to the negligence of a water company in leaving their water-main insufficiently stopped. On an application by the plaintiffs to add the water company as defendants:—

*Held*, that the causes of action against the defendants and the water company being in respect of separate torts, though the resulting damage might be the same in each case, the water company could not be joined as defendants.

I should have thought that, if anything, the case runs against the proposition for which it is cited in the Appeal Division. Collins L.J. had this to say at p. 344:

. . . but an argument was presented to us which, it appears to me, was based upon a fallacy—that was that because the plaintiffs had claimed only one damage that therefore their cause of action was necessarily one also, however many persons they chose to put on the writ as bringing about that one damage. It seems to me that that is no test at all. The damage is one thing, and the injuria is another. What constitutes the cause of action is the injuria, the wrong done by a separate tortfeasor; and when we analyze this case (the facts are not in dispute) we find

[3] [1899] 1 Q.B. 840.

A mon avis, comme je l'ai déjà indiqué, nous n'avons pas à nous occuper de violations de contrat conjuguées mais plutôt de violations de contrat séparées et distinctes et nous n'avons pas à nous occuper d'un «même dommage» mais de deux genres distincts de dommages.

J'ai étudié les précédents cités par la majorité de la Division d'appel et je ne crois pas que l'arrêt *Thompson v. London County Council*[3], puisse nous aider. Il s'agissait dans cette affaire-là d'un délit, la principale question était de savoir si le demandeur pouvait ajouter une autre partie à titre de défendeur sous le régime de l'ordonnance XVI et la conclusion a été qu'il n'y avait pas eu d'acte délictuel conjoint. Le résumé de l'arrêtiste se lit comme suit:

[TRADUCTION] Les demandeurs ont intenté une action contre les défendeurs, alléguant que ces derniers ont fait une excavation de façon négligente près de la maison des demandeurs, et ont causé par là un dommage à celle-ci. Les défendeurs dans leur défense ont nié toute responsabilité, et attribué le dommage totalement ou en partie à la négligence d'une compagnie d'aqueduc qui n'aurait pas suffisamment fermé la conduite d'eau principale. Sur une requête des demandeurs demandant d'ajouter la compagnie d'aqueduc comme défenderesse:—

*Arrêt*, les causes d'action contre les défendeurs et la compagnie d'aqueduc étant relatives à des délits distincts, bien que le dommage résultant ait pu avoir été le même dans chaque cas, la compagnie d'aqueduc ne peut être jointe comme défenderesse.

J'aurais plutôt cru que l'arrêt va à l'encontre de la thèse à l'appui de laquelle il a été cité en Division d'appel. Le Lord juge Collins a dit ceci, à la p. 844:

[TRADUCTION] . . . mais une plaidoirie nous a été présentée qui, me semble-t-il, se fondait sur un faux raisonnement—à savoir que, parce que les demandeurs ont réclamé à l'égard d'un dommage unique, alors leur cause d'action était nécessairement unique aussi, peu importe le nombre de personnes qu'ils ont décidé de nommer dans l'assignation comme ayant causé ce dommage unique. Il me semble que cela n'est pas du tout un critère. Le dommage est une chose et l'*injuria* en est une autre. Ce qui constitue la cause d'action, c'est l'*injuria*, le délit commis par un

[3] [1899] 1 Q.B. 840.

we are dealing with it upon the assumption that the two acts which were done, the one by the London County Council and the other by the New River Company, are entirely disconnected torts—each of them a separate injuria—if it be injuria at all—quite distinct one from the other. The one was done recently by the county council by excavation, and the other at a much earlier date by the water company allowing water from its mains to weaken the soil in front of the plaintiffs' property, and the joint result of those two independent torts has been that the plaintiffs' house has come down. The damage is one, but the causes of action which have led to that damage are two, committed by two distinct personalities.

A decision of our Court, *City of Prince Albert v. Underwood McLellan & Associates Ltd.*[4], must be mentioned. In that case the appellant City employed the respondent firm of engineers to prepare plans for and to supervise the construction of a reservoir. A contract of construction was entered into between the City and a firm of contractors. Several months after work was begun the structure collapsed during the process of backfilling. At trial it was held that the failure of respondent properly to supervise the backfilling operation was the prime factor in the collapse of the reservoir. The judgment at trial was upheld in this Court. Hall J. for a majority of the Court said, p. 317:

While, as Maguire J.A. says, this does not absolve the contractors, it does not in any way constitute a finding of negligence against them but even if it did, the collateral liability, if any, of the contractors to the appellant under a separate and distinct contract cannot be used to defeat the appellant's right to judgment against the respondent, *Campbell Flour Mills Co. Ltd. v. Bowes; Campbell Flour Mills Co. Ltd. v. Ellis*, (1914) 32 O.L.R. 270; *Truth & Sportsman Ltd. v. Kethel*, (1932) 32 N.S.W.S.R. 421 at 427, and *Mayne & McGregor on Damages*, 12th ed., p. 162, nor could the liability of the contractors be determined in the present action as constituted, they

[4] [1969] S.C.R. 305.

auteur distinct; et lorsque nous analysons cette affaire-ci (les faits ne sont pas contestés) nous découvrons que nous en traitons à partir du principe que les deux actes qui furent accomplis, l'un par le conseil du comté de Londres et l'autre par la compagnie New River, sont des délits sans aucun lien entre eux—chacun d'eux une *injuria* distincte—si *injuria* il y a—bien distincts l'un de l'autre. L'un a été commis récemment par le conseil de comté, au moyen d'une excavation, et l'autre a été commis à une date beaucoup plus reculée par la compagnie d'aqueduc qui a permis à l'eau de la conduite principale d'affaiblir le sol en avant de la propriété des demandeurs, et le résultat d'ensemble de ces deux délits indépendants a été que la maison des défendeurs s'est effondrée. C'est un seul et même dommage, mais deux causes d'action, commises par deux personnes distinctes, ont entraîné ce dommage.

Une décision de cette Cour, *City of Prince Albert c. Underwood McLellan & Associates Ltd.*[4], doit être mentionnée. Dans cette affaire-là, la Ville appelante avait engagée la société d'ingénieurs intimée pour préparer les plans de construction d'un réservoir et pour surveiller les travaux. La Ville et une entreprise d'entrepreneurs en construction ont conclu un contrat de construction. Plusieurs mois après le début des travaux, la construction s'est effondrée pendant les travaux de remblayage. Au procès, on statua que l'omission de l'intimée de surveiller comme il convenait l'opération de remblayage avait été le premier facteur de l'effondrement du réservoir. Le jugement de première instance fut confirmé en cette Cour. M. le juge Hall, au nom d'une majorité de la Cour, déclara ceci, à la p. 317:

[TRADUCTION] Même si, comme le dit M. le Juge d'appel Maguire, cela n'exonère pas les entrepreneurs, ça ne constitue aucunement une conclusion de négligence contre eux; mais même si c'en constituait une, la responsabilité subsidiaire, s'il en est, des entrepreneurs envers l'appelante, en vertu d'un contrat séparé et distinct, ne peut être invoquée pour annuler le droit de l'appelante à un jugement contre l'intimée, *Campbell Flour Mills Co. Ltd. v. Bowes; Campbell Flour Mills Co. Ltd. v. Ellis*, (1914) 32 O.L.R. 270; *Truth & Sportsman Ltd. v. Kethel*, (1932) 32 N.S.W.S.R. 421, à la p. 427, et *Mayne & McGregor on Damages*, 12e éd., p. 162; la responsabi-

[4] [1969] R.C.S. 305.

not being parties. *Mayne on Damages*, 10th ed. at p. 127.

In that case the damage was one and indivisible, the collapse of a reservoir, and as I read the judgment Hall J. was of the opinion that the possible liability of the contractors to the City under contract 1 did not preclude recovery by the City from the engineers under contract 2. This is by no means at odds with the view that each contractor is liable for damage caused by him in breach of his contract, but not for damage caused by someone else under a separate contract respecting the same work. In my opinion in the case at bar the building contractor was not a concurrent wrongdoer and, with respect, I do not agree with the conclusion of the majority of the Appeal Division.

Bugold J.A. considered that the president and general manager of the defendant contractor with his building experience would be proficient in the study and interpretation of plans, the design of the house was bad, this ought to have been detected by him and he had a duty to inform the owners that the plans were faulty in design. The obligations of the building contractor to the owners are contained within the four corners of the contract and nowhere else. The contractor undertook and agreed to provide all the materials and perform, by the date specified, all the work shown on the drawings and described in the specifications prepared by Savoie & Carrière and agreed to give efficient supervision to the work, using its best skill and judgment. That is the extent of the contractual obligation. There is nothing in the contract which imposes a duty on the contractor to detect faults in the design plans prepared by the owners' architects or imposes a duty to inform the owners that the plans are faulty in design. Nor do I find anything in the evidence to support the conclusion that a building contractor of reasonable experience and competence, studying the detailed plans prepared by the architects, Savoie & Carrière, for the construction of the

lité des entrepreneurs ne saurait non plus faire l'objet d'une décision dans la présente action telle que constituée, les entrepreneurs n'y étant pas parties. *Mayne on Damages*, 10e éd. à la p. 127.

Dans cette affaire-là le dommage était un et indivisible, l'effondrement d'un réservoir, et selon mon interprétation du jugement M. Le juge Hall était d'avis que la responsabilité possible des entrepreneurs envers la Ville en vertu du contrat 1 n'empêchait pas la Ville de recouvrer des ingénieurs en vertu du contrat 2. Cela n'est nullement incompatible avec l'opinion que chaque entrepreneur est responsable des dommages causés par lui en violation de son contrat, mais non des dommages causés par quelqu'un d'autre en vertu d'un contrat séparé relatif aux mêmes travaux. A mon avis, en la présente espèce, l'entrepreneur en construction n'est pas un coauteur et, respectueusement, je ne souscris pas à la conclusion de la majorité de la Division d'appel.

M. le juge d'appel Bugold a estimé que le président et directeur général de l'entreprise de construction défenderesse, avec son expérience de la construction, devait être compétent dans l'étude et l'interprétation de plans, que le plan de la maison était mauvais, ce dont il aurait dû se rendre compte, et qu'il avait le devoir d'informer les propriétaires qu'il y avait des erreurs dans les plans. Les obligations de l'entrepreneur en construction envers les propriétaires sont exposées dans le contrat et nulle part ailleurs. L'entrepreneur s'est engagé et a consenti à fournir tous les matériaux et à exécuter, pour la date spécifiée, tous les travaux figurant sur les dessins et décrits dans les devis préparés par Savoie et Carrière, et il a convenu de surveiller efficacement les travaux, au mieux de son habileté et de son jugement. C'est là l'étendue de l'obligation contractuelle. Il n'y a rien dans le contrat qui impose à l'entrepreneur le fardeau de déceler les fautes contenues dans les dessins préparés par les architectes des propriétaires ou qui lui impose un devoir d'informer les propriétaires que les plans contiennent des erreurs de conception. Je ne trouve non plus dans la preuve rien qui étaye la conclusion qu'un entrepreneur en construction raisonnablement expé-

house, would detect design fault. If that conclusion is to be reached it should be on the basis of expert evidence, and there was none. It was not a simple matter of failing to include in the plans some form of outside vent. It is understandable that dry rot can be caused by lack of ventilation. From the testimony I conclude that the architects should have provided for ventilation within the house but on the evidence I am quite unable to say that the building contractor could have detected and should have detected the design errors which, according to Mr. Arnoud of the architectural firm of Lagace & Massicotte, were to be found in the roof, the walls and the windows.

rimenté et compétent, étudiant les plans détaillés préparés par les architectes, Savoie et Carrière, pour la construction de la maison, décèlerait des erreurs de conception. S'il fallait en arriver à cette conclusion, il faudrait qu'elle soit fondée sur un témoignage d'expert, et il n'y en a pas eu. Il ne s'agissait pas simplement d'un manquement à inclure dans les plans un évent extérieur quelconque. On peut comprendre que la pourriture sèche peut être causée par un manque d'aération. Me fondant sur les témoignages je conclus que les architectes auraient dû prévoir un dispositif d'aération à l'intérieur de la maison mais à partir de la preuve je suis tout à fait incapable de dire que l'entrepreneur en construction aurait pu et aurait dû déceler les erreurs de conception qui, d'après M. Arnoud de la société d'architectes Lagacé et Massicotte, se sont trouvées dans le toit, les murs et les fenêtres.

Bugold J.A. also considered there was a warranty implied in the contract that the house be reasonably fit for the purpose for which it was required: namely, human habitation. On this point the law is, I think, otherwise and is properly expressed in *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10th Ed., p. 51:

M. le juge d'appel Bugold a aussi estimé que le contrat renferme une garantie tacite que la maison conviendra raisonnablement aux fins qu'on exigeait d'elle: soit, à des fins d'habitation par des humains. Sur ce point le droit est, je crois, bien différent, et il est exprimé comme il convient dans l'ouvrage *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10e éd., p. 51:

Where the employer does not employ an architect or other adviser, so that he is relying on the skill and judgment of the contractor, and the latter provides the design or specification, there is an implied term not only that the work will be carried out in a proper and workmanlike manner and with proper materials, but also that the work, when completed, will be fit for its purpose (for instance, in the case of a dwelling-house, fit for human habitation).

But no such term for fitness will be implied if what the contractor undertakes is to build a house in accordance with the employer's plans and specification, *a fortiori* if also to the satisfaction of the employer's architect or engineer.

[TRADUCTION] Lorsque l'employeur n'engage pas un architecte ou un autre conseiller, de sorte qu'il s'en remet à l'habileté et au jugement de l'entrepreneur, et que ce dernier fournit le plan ou les devis, il y a une condition implicite que non seulement les travaux seront exécutés convenablement à la manière d'un bon ouvrier et avec de bons matériaux, mais aussi que l'ouvrage, une fois terminé, conviendra à sa destination (par exemple, dans le cas d'une maison d'habitation, conviendra à l'habitation humaine).

Mais une telle condition de convenance à la destination n'est pas implicite si ce à quoi l'entrepreneur s'engage, c'est de construire une maison conforme aux plans et devis de l'employeur; il en est ainsi *a fortiori* si, également, il doit faire ce travail à la satisfaction de l'architecte ou de l'ingénieur de l'employeur.

The same principle is in these words in *Corpus Juris Secundum*, Vol. 17A at p. 295:

Le même principe est énoncé dans les termes suivants dans *le Corpus Juris Secundum*, Vol. 17A, à la p. 295:

However where the work is to be undertaken under the direction of certain plans and specifications furnished by the other party, no warranty of fitness for intended use will be implied.

In the result, I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Appeal Division and remit the case to the trial judge for an assessment of the damages caused by the defendant (appellant) due to faulty workmanship or materials with leave to either party to adduce further evidence on the assessment.

*Appeal dismissed with costs,* DICKSON J. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Rice & Auger, Edmunston.*

*Solicitor for the respondent: Gilbert, McGloan, Gillis, Jones & Church, Saint John.*

[TRADUCTION] Toutefois lorsque les travaux sont entrepris sous l'égide de certains plans et devis fournis par l'autre partie, aucune garantie de convenance à l'utilisation proposée n'est implicite.

En fin de compte, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel et de renvoyer l'affaire au premier juge pour une évaluation des dommages causés par la défenderesse (appelante) par suite d'une exécution technique fautive ou de mauvais matériaux, avec permission à chaque partie de fournir de nouveaux témoignages sur l'évaluation.

*Appel rejeté avec dépens, le* JUGE DICKSON *étant dissident.*

*Procureurs de l'appelante: Rice & Auger, Edmunston.*

*Procureurs des intimés: Gilbert, McGloam, Gillis, Jones & Church, Saint-Jean (N-B).*

**Pierre Lapointe** *Appellant*;

and

**Dame Vibeke Klint** *Respondent*;

1974: March 26; 1974: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Divorce—Maintenance—Question raised before decree nisi—Power to rule on this question after decree absolute—Decrees nisi and absolute granted with other rights reserved—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(1)(a) and 13(3).*

A few months after her marriage to appellant, respondent commenced action seeking judicial separation and obtained an order for interim alimony. Her husband, the appellant, also petitioned for divorce, and respondent applied for maintenance. This application was continued on two occasions to later dates, after which it was struck out because of the wife's absence. The husband obtained a decree *nisi*. The wife was in Tokyo at the time, but was represented by counsel. This decree provided: "Autres droits réservés" (other rights reserved). A decree absolute was obtained by the husband, which, after declaring that the parties were divorced, stated that "LA COUR RÉSERVE tous autres recours" (THE COURT RESERVES all other remedies). Respondent subsequently presented a request for maintenance, which was opposed by a motion to dismiss presented by appellant on a preliminary question of law. This motion was dismissed in the Superior Court and the dismissal was affirmed by the Court of Appeal. Hence the appeal to this Court.

*Held*: The appeal should be dismissed.

This is not a case in which the matter of maintenance had not been raised at all at the time the decree *nisi* was granted, nor one in which an application for maintenance had been refused. The issue as to the granting of maintenance, although incidental to and dependent upon the granting of a decree of divorce, may be dealt with by the Court separately from the issue as to the granting of such decree. If the Court decides that a party to the divorce proceedings is entitled to maintenance, or is entitled to have that

**Pierre Lapointe** *Appelant*;

et

**Dame Vibeke Klint** *Intimée.*

1974: le 26 mars; 1974: le 28 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Divorce—Entretien—Question soulevée avant jugement conditionnel—Pouvoir de juger de cette question après jugement irrévocable—Jugements conditionnel et irrévocable avec mention «Autres droits réservés»—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 11(1)a), 13(3).*

Quelques mois après son mariage avec l'appelant, l'intimée a intenté une action en séparation de corps et obtenu une ordonnance lui octroyant des aliments à titre provisoire. Son époux, l'appelant, présenta à son tour une requête de divorce et l'intimée présenta une demande requérant une allocation d'entretien. Cette demande fut continuée à deux reprises à des dates ultérieures après quoi elle fut rayée en raison de l'absence de l'épouse. L'époux obtint un jugement conditionnel. L'épouse se trouvait alors à Tokyo et se fit représenter par un avocat. Ce jugement prévoyait: «Autres droits réservés». Un jugement irrévocable fut obtenu par le mari. Celui-ci précisait, après avoir déclaré que les parties étaient divorcées, que «LA COUR RÉSERVE tous autres recours». L'intimée présenta subséquemment une requête concluant à l'octroi d'une allocation d'entretien, laquelle fut opposée par une demande de rejet, sur une question de droit préliminaire, présentée par l'appelant. Cette demande fut rejetée en Cour supérieure et ce rejet confirmé par la Cour d'appel. D'où le pourvoi à cette Cour.

*Arrêt*: L'appel doit être rejeté.

Il ne s'agit pas d'un cas où la question de l'entretien n'avait pas du tout été soulevée au moment du prononcé du jugement conditionnel, ni d'un cas où une demande d'entretien avait été rejetée. La question de l'octroi de l'entretien, bien que secondaire et liée au prononcé d'un jugement de divorce, peut être jugée par le tribunal indépendamment de la question de l'octroi d'un tel jugement de divorce. Si le tribunal décide qu'une partie aux procédures de divorce a droit à l'entretien, ou a droit à ce que soit tranchée

issue determined, its right to determine such entitlement does not preclude it from dissolving the marriage, but such dissolution does not prevent it from dealing with the corollary relief aspect thereafter. It is because the marriage is being dissolved that the power and the necessity to determine the right of a party to the marriage to maintenance arises. The Court having derived jurisdiction to deal with that matter when the decree *nisi* is granted, in the absence of some express provision in the Act to the contrary, is not deprived of the power to deal with the issue which has come before it because the decree is made absolute, if that issue is still undetermined.

*Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891, referred to. *McKay v. McKay* (1972), 23 D.L.R. (3d) 126, overruled.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec[1], dismissing an appeal from a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed with costs.

*J. Richard*, for the appellant.

*J. M. Gagné and R. Barakett*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This is an appeal from the unanimous judgment of the Court of Appeal of the Province of Quebec, which dismissed the appellant's appeal from a judgment of the Superior Court refusing the appellant's motion, on a preliminary question of law, to dismiss the respondent's petition for maintenance.

The parties to this appeal were married on October 28, 1968, and took up residence in Montreal. On August 18, 1969, the respondent, wife, commenced action seeking judicial separation. On September 23 of that year she obtained an order for interim alimony in the amount of $40 per week.

[1] [1973] C.A. 452.

une telle question, son pouvoir de déterminer si ce droit existe ne l'empêche pas de dissoudre le mariage, mais une telle dissolution n'interdira pas au tribunal de traiter par la suite de l'aspect relatif aux mesures accessoires. C'est du fait qu'on dissout le mariage qu'interviennent le pouvoir et la nécessité de déterminer si l'une des parties au mariage a droit à une allocation d'entretien. Le tribunal ayant obtenu la compétence de se prononcer sur cette question lors du prononcé du jugement conditionnel, il n'est pas, en l'absence d'une disposition expresse à l'effet contraire dans la Loi, privé du pouvoir de traiter de la question dont il a été saisi parce que le jugement est rendu irrévocable, si cette question est toujours en suspens.

Arrêt suivi: *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891. Arrêt rejeté: *McKay c. McKay* (1972), 23 D.L.R. (3d) 126.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec[1], rejetant un appel d'un jugement de la Cour supérieure. Appel rejeté avec dépens.

*J. Richard*, pour l'appelant.

*J.M. Gagné et R. Barakett*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appel est à l'encontre de l'arrêt unanime de la Cour d'appel de la province de Québec qui a rejeté l'appel formé par l'appelant à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure lui refusant la demande de rejet qu'il avait opposée, sur une question de droit préliminaire, à la requête de l'intimée concluant à l'octroi d'une allocation d'entretien.

Les parties au présent appel se sont mariées le 28 octobre 1968 et se sont installées à Montréal. Le 18 août 1969 l'intimée, c'est-à-dire l'épouse, intentait une action en séparation de corps. Le 23 septembre de cette année-là elle obtenait une ordonnance lui octroyant des aliments à titre provisoire, au montant de $40 par semaine.

[1] [1973] C.A. 452.

On March 18, 1970, the appellant, husband, petitioned for divorce. On June 16, 1970, the wife applied for maintenance from her husband. This application was returnable on June 17, was continued to June 25 and again to July 6, when it was struck out because of the wife's absence. The husband obtained a decree *nisi* in the divorce proceedings on November 6, 1970. The wife was then in Tokyo, but was represented by counsel. The decree *nisi* provided: "Autres droits réservés."

The decree absolute was obtained by the husband on February 8, 1971. It stated, after declaring that the parties were divorced, that: "LA COUR RÉSERVE tous autres recours." On March 23 the wife presented a request for maintenance dated March 9. This was supported by her affidavit, paragraphs 4 to 7 of which read as follows:

[TRANSLATION] 4. Petitioner was unable to submit a petition for maintenance in the case at bar due to the fact that when the petition for divorce was argued, petitioner was in Tokyo and it was impossible for her to come to Montreal;

5. Petitioner needs alimony of $100.00 weekly to live on;

6. Respondent has the means to pay petitioner alimony of $100.00 weekly;

7. The petition is well-founded in fact and in law.

The husband then raised the question of law, in issue on this appeal, as to the wife's right to obtain a maintenance order after the dissolution of the marriage, there having been no provision in the divorce decree ordering corollary relief in favour of the wife.

The power of the Court to grant corollary relief in connection with divorce proceedings is defined in s. 11(1) of the *Divorce Act*, c. D-8, R.S.C. 1970, hereinafter referred to as "the Act", the relevant portions of which provide as follows:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition,

Le 18 mars 1970 l'appelant, c'est-à-dire l'époux, présentait une requête en divorce. Le 16 juin 1970, l'épouse demandait que son mari lui verse une allocation d'entretien. Cette demande présentable le 17 juin a été continuée au 25 juin puis au 6 juillet, date où elle a été rayée en raison de l'absence de l'épouse. Le mari, dans les procédures de divorce, a obtenu un jugement conditionnel le 6 novembre 1970. Son épouse, se trouvant alors à Tokyo, s'est fait représenter par un avocat. Le jugement conditionnel prévoyait: «Autres droits réservés.»

Le mari a obtenu le jugement irrévocable le 8 février 1971. Celui-ci précisait, après avoir déclaré que les parties étaient divorcées, que: «LA COUR RÉSERVE tous autres recours.» Le 23 mars, l'épouse présentait une requête pour allocation d'entretien, datée du 9 mars. Elle était étayée de sa déclaration sous serment, dont les paragraphes 4 à 7 se lisent comme suit:

4e. La requérante n'a pu présenter la requête pour pension alimentaire dans la présente cause dû au fait que lorsque la requête pour divorce a été plaidée, la requérante se trouvait à Tokyo et qu'il lui était impossible de se rendre à Montréal;

5e. La requérante a besoin pour vivre d'une pension alimentaire de $100.00 par semaine;

6e. L'intimé a les moyens de payer à la requérante une pension alimentaire de $100.00 par semaine;

7e. La requête est bien fondée en fait et en droit.

L'époux a alors soulevé la question de droit objet de cet appel, quant au droit de son épouse à l'obtention après la dissolution du mariage d'une ordonnance relative à l'entretien, du fait qu'il n'existait pas dans le jugement de divorce de disposition ordonnant des mesures accessoires en faveur de l'épouse.

Le pouvoir de la cour d'accorder des mesures accessoires relativement à des procédures de divorce est défini à l'art. 11, par. (1) de la *Loi sur le divorce*, c. D-8, S.R.C. 1970, ci-après appelée «la Loi», dont voici les extraits pertinents:

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties

means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely;

(*a*) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

(i) the wife,

. . .

The application of this subsection was considered by this Court in *Zacks v. Zacks*[2]. The contention of the husband, in that case, that an order for maintenance under s. 11(1) would have to be made at the same time that the decree nisi was granted, was rejected. It was held that the words "Upon granting a decree *nisi* of divorce" referred to the time at which the Court acquired jurisdiction to grant corollary relief. In that case the Court had declared the wife's entitlement to maintenance when the decree nisi was granted, but had referred to the Registrar, for his recommendation, the matter of the proper allowance to be made. The amount had not been determined at the time the decree absolute was granted.

In the penultimate paragraph of the reasons in that case the following statement appears, at p. 914:

Counsel for the Attorney General of Canada invited us, in interpreting the meaning of the word "Upon" in s. 11(1), to hold that in every case, where a decree *nisi* of divorce has once been granted, the court may, at any time thereafter, make an order as to alimony, maintenance and the custody of children. It was submitted that the lapse of time after the granting of a decree nisi, or the intervening grant of a decree absolute, before such an order was sought would be only factors to be considered by the court to which the application was made. It is not necessary in this case, nor do I think it would be desirable, to endorse such a broad statement. In the present appeal, it is true that a decree absolute has been granted, but the right to maintenance had been declared at the time of the decree *nisi*, and the procedure to fix the amount

[2] [1973] S.C.R. 891.

ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir:

*a*) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

(i) de l'épouse,

. . .

Cette cour a étudié dans l'arrêt *Zacks c. Zacks*[2], l'application de ce paragraphe. On y a rejeté la prétention du mari selon laquelle une ordonnance d'allocation d'entretien en vertu de l'art. 11, par. (1) n'aurait dû être rendue qu'en même temps que le jugement conditionnel. On a statué que les mots «En prononçant un jugement conditionnel de divorce» désignaient le moment où la cour acquérait juridiction pour accorder des mesures accessoires. Dans cette affaire-là, le tribunal avait déclaré, en prononçant le jugement conditionnel, que l'épouse avait droit à l'entretien, mais il avait renvoyé au registraire, pour qu'il fasse une recommandation, la question du montant de l'allocation qu'il convenait d'accorder. Ce montant n'avait pas encore été fixé lors du prononcé du jugement irrévocable.

A l'avant-dernier paragraphe des motifs rédigés dans l'arrêt *Zacks,* on trouve le passage suivant, à la p. 914:

L'avocat représentant le procureur général du Canada nous a invités à décider, en interprétant le sens du mot «en» figurant à l'art. 11, par. (1), que le tribunal, dans tous les cas où un jugement conditionnel de divorce a déjà été prononcé, peut rendre à n'importe quel moment par la suite une ordonnance relative à la pension alimentaire, à l'entretien et à la garde des enfants. On a allégué que le laps de temps écoulé après le prononcé du jugement conditionnel, ou le prononcé d'un jugement irrévocable intervenu dans l'intervalle, avant qu'une telle ordonnance soit demandée, ne sont que des facteurs à être examinés par le tribunal saisi de la demande. Il n'est pas nécessaire en l'espèce, et il ne serait pas non plus, à mon avis, souhaitable de cautionner un énoncé si général. Dans le présent appel, il est vrai qu'un juge-

[2] [1973] R.C.S. 891.

had been launched before the decree absolute was made. What the position would be if no claim for alimony, maintenance or custody was made until after a decree absolute had been granted, or if an application therefor had been refused when the decree nisi was granted, is not in issue in this case, and I express no view thereon.

In the present case no declaration of entitlement to maintenance was made in the decree nisi or in the decree absolute, but there did appear, respectively, in those decrees the words "Autres droits réservés" and "LA COUR RÉSERVE tous autres recours". The reason for including those reservations in the decrees is suggested by Rinfret J. A. in his reasons in the Court of Appeal:

[TRANSLATION] I do not know exactly why the two judges made that reservation, but I can assume that it may be because of the existence of a petition for maintenance submitted by respondent on June 16, 1970 for presentation on June 17, continued to June 25 and again to July 6, when it was struck out on account of the absence of respondent, and on which accordingly no ruling was made.

In the petition for maintenance now before the Court respondent alleges that she was unable to present her first petition due to the fact that when the divorce petition was argued she was in Tokyo, and it was impossible for her to come to Montreal.

She submits her affidavit in support of this allegation.

In view of the reservation of all her other rights contained in the decree *nisi* and decree absolute, it is my opinion that petitioner, the respondent in this Court, is not barred from presenting her petition, even after those decrees have been made.

It may be noted that the wife's application for maintenance was made very promptly after the decree absolute had been granted.

ment irrévocable a été prononcé, mais le droit à l'entretien avait été reconnu au moment du jugement conditionnel, et la procédure pour en fixer le montant avait été entamée avant le prononcé du jugement irrévocable. Ce que serait la situation si aucune réclamation en vue d'obtenir une pension alimentaire, une allocation d'entretien ou la garde des enfants n'avait été faite sauf après le prononcé d'un jugement irrévocable, ou si une demande à cette fin avait été rejetée lors du prononcé du jugement conditionnel, n'est pas en litige dans la présente affaire et je n'exprimerai aucune opinion là-dessus.

En l'espèce, aucune déclaration reconnaissant le droit à l'entretien n'a été faite, que ce soit dans le jugement conditionnel ou dans le jugement irrévocable, mais les expressions «Autres droits réservés» et «LA COUR RÉSERVE tous autres recours» apparaissent respectivement dans ces jugements. Le juge d'appel Rinfret, dans les motifs qu'il a rédigés en Cour d'appel, propose une explication quant au pourquoi de l'inclusion de ces réserves-là dans les jugements:

J'ignore la raison précise pour laquelle les deux juges ont fait cette réserve mais je peux imaginer que cela peut être en raison de l'existence d'une requête pour pension alimentaire de la part de l'intimée, produite le 16 juin 1970, présentable le 17 juin, continuée au 25 juin et encore au 6 juillet alors qu'elle a été rayée en raison de l'absence de l'intimée et sur laquelle, par conséquent, il n'y a eu aucune adjudication.

Dans la requête pour pension présentement devant la Cour, l'intimée allègue qu'elle n'a pas pu présenter sa première requête dû au fait que lorsque la requête pour divorce a été plaidée, elle se trouvait à Tokyo et qu'il lui a été impossible de se rendre à Montréal.

Elle appuie cette affirmation par son affidavit.

Vu la réserve de tous ses autres droits consignée aux jugements conditionnel et irrévocable, je suis d'avis que la requérante, présente intimée, n'est pas empêchée de présenter sa demande même après les jugements.

Il faut noter que la demande de l'épouse relativement à l'entretien a été présentée promptement après le prononcé du jugement irrévocable.

This is not a case in which the matter of maintenance had not been raised at all at the time the decree *nisi* was granted, nor one in which an application for maintenance had been refused. The wife had filed an application for maintenance before the decree *nisi* was granted, but it had been struck out, not for lack of merit, but owing to her absence. The Court, at the time the decree *nisi* was granted, was unable to make an order because of her absence in Tokyo, but, because of representations by her counsel, that issue was reserved, as it was also in the decree absolute. The question then is as to whether, in these circumstances, the Court was, in law, prevented from dealing with the matter of maintenance once the marriage was finally dissolved.

Il ne s'agit pas d'un cas où la question de l'entretien n'avait pas du tout été soulevée au moment du prononcé du jugement conditionnel, ni d'un cas où une demande d'entretien avait été rejetée. L'épouse avait déposé une demande d'entretien avant le prononcé du jugement conditionnel mais celle-ci avait été rayée, non pas parce qu'elle n'était pas fondée mais parce que l'intimée, se trouvant à Tokyo, était absente. Le tribunal, lors du prononcé du jugement conditionnel, n'a pu rendre d'ordonnance du fait de cette absence, mais vu les observations faites par l'avocat de l'épouse, la question a été réservée, comme elle l'a été également dans le jugement irrévocable. La question qui se pose alors est celle de savoir si, compte tenu de ces circonstances, le tribunal est empêché, en droit, de se prononcer sur la question de l'entretien une fois le mariage définitivement dissout.

On this issue, counsel for the husband places reliance upon s. 13(3) of the Act, which provides as follows:

(3) Where a decree nisi of divorce has been granted but not made absolute, any person may show cause to the court why the decree should not be made absolute, by reason of its having been obtained by collusion, by reason of the reconciliation of the parties or by reason of any other material facts, and in any such case the court may by order,

(*a*) rescind the decree nisi;

(*b*) require further inquiry to be made; or

(*c*) make such further order as the court thinks fit.

A ce sujet, l'avocat du mari se fonde sur le par. (3) de l'art. 13 de la Loi qui prévoit que:

(3) Lorsqu'un jugement conditionnel de divorce a été prononcé mais n'est pas devenu irrévocable, toute personne peut exposer au tribunal des raisons pour lesquelles le jugement ne devrait pas devenir irrévocable, du fait qu'il a été obtenu par collusion, du fait de la réconciliation des parties ou de tous autres faits pertinents, et dans un tel cas le tribunal peut, par ordonnance,

*a*) rescinder le jugement conditionnel;

*b*) ordonner un complément d'enquête; ou

*c*) rendre telle autre ordonnance que le tribunal estime appropriée.

Referring to this subsection, Verchere J., in *Re McKay and McKay*[3], said, at p. 128, that:

I cannot disregard the apparent intention of s. 13(3) not to permit further order or inquiry after the decree nisi has been made absolute.

Se référant à ce paragraphe, M. le juge Verchere déclarait, dans l'affaire *McKay and McKay*[3], à la p. 128:

[TRADUCTION] Je ne peux refuser de tenir compte de l'intention manifeste du par. (3) de l'art. 13 d'interdire toute ordonnance ou enquête supplémentaire après qu'un jugement conditionnel est devenu irrévocable.

With respect, I am not in agreement with this interpretation of s. 13(3). That subsection is concerned only with the provisions of the decree *nisi* granting the divorce, as is shown by

Avec respect, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation du par. (3) de l'art. 13. Ce paragraphe ne concerne que les dispositions du jugement conditionnel de divorce, comme l'indi-

[3] (1972), 23 D.L.R. (3d) 126.

[3] (1972), 23 D.L.R. (3d) 126.

its opening words. I do not construe it as intending to limit the jurisdiction of the Court to grant corollary relief to the period between the decree nisi and the decree absolute. Such an interpretation would be contrary to the decision in the *Zacks* case, which recognized the power of the Court to make an order fixing maintenance after the decree absolute had been made. I find nothing in the Act which precludes the Court from deciding to defer its consideration of the matter of maintenance, as it did in this case.

In my opinion the issue as to the granting of maintenance, although incidental to and dependent upon the granting of a decree of divorce, may be dealt with by the Court separately from the issue as to the granting of such decree. If the Court decides that a party to the divorce proceedings is entitled to maintenance, or is entitled to have that issue determined, its right to determine such entitlement does not preclude it from dissolving the marriage, but such dissolution does not prevent it from dealing with the corollary relief aspect thereafter. It is because the marriage is being dissolved that the power and the necessity to determine the right of a party to the marriage to maintenance arises. The Court having derived jurisdiction to deal with that matter when the decree *nisi* is granted, in the absence of some express provision in the Act to the contrary, is not deprived of the power to deal with the issue which has come before it because the decree is made absolute, if that issue is still undetermined.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Jacques Richard, Ville St-Laurent.*

*Solicitors for the respondent: Monette, Clerk, Michaud, Barakett, Levesque & Guerette, Montreal.*

quent ses premiers mots. Je ne l'interprète pas comme voulant limiter à la période s'écoulant entre le jugement conditionnel et le jugement irrévocable le pouvoir du tribunal d'octroyer des mesures accessoires. Une telle interprétation serait contraire à la décision rendue dans l'affaire *Zacks*, qui a reconnu le pouvoir du tribunal de rendre après le prononcé du jugement irrévocable une ordonnance fixant l'entretien. Je ne trouve rien dans la Loi qui empêche le tribunal de retarder l'examen de la question de l'entretien, comme il l'a fait en l'espèce.

J'estime que la question de l'octroi de l'entretien, bien que secondaire et liée au prononcé d'un jugement de divorce, peut être jugée par le tribunal indépendamment de la question de l'octroi d'un tel jugement de divorce. Si le tribunal décide qu'une partie aux procédures de divorce a droit à l'entretien, ou a droit à ce que soit tranchée une telle question, son pouvoir de déterminer si ce droit existe ne l'empêche pas de dissoudre le mariage, mais une telle dissolution n'interdira pas au tribunal de traiter par la suite de l'aspect relatif aux mesures accessoires. C'est du fait qu'on dissout le mariage qu'interviennent le pouvoir et la nécessité de déterminer si l'une des parties au mariage a droit à une allocation d'entretien. Le tribunal ayant obtenu la compétence de se prononcer sur cette question lors du prononcé du jugement conditionnel, il n'est pas, en l'absence d'une disposition expresse à l'effet contraire dans la Loi, privé du pouvoir de traiter de la question dont il a été saisi parce que le jugement est rendu irrévocable, si cette question est toujours en suspens.

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelant: Jacques Richard, Ville St-Laurent.*

*Procureurs de l'imtimée: Monette, Clerk, Michaud, Barakett, Levesque & Guerette, Montréal.*

**Bank of Montreal** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.** (*Plaintiff*) *Respondent.*

---

**Royal Bank of Canada** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.** (*Plaintiff*) *Respondent.*

---

**C.F.I. Operating Co. Ltd.** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.** (*Plaintiff*) *Respondent.*

1974: June 12, 13, 14; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Courts—Jurisdiction—Order of one provincial Court purporting to deal with assets already captured by competent order of another provincial Court—Order not approved by Supreme Court of Canada—Supreme Court not in position to rule on validity of garnishment effected in other Province—The Builders and Workmen Act, R.S.M. 1970, c. B90, s. 3.*

A judgment of the Manitoba Court of Queen's Bench declared, in part, that certain moneys standing to the credit of the appellant company and another in branches of the appellant banks in Montreal constituted a trust fund under *The Builders and Workmen Act*, R.S.M. 1970, c. B90, for the benefit of various classes of persons (contractors, subcontractors and others) involved in a building project at The Pas. The judgment also directed the two banks to account for and pay the moneys to the Court's receiver. The funds in question were subject to certain attaching orders in proceedings in the Quebec Superior Court,

**La Banque de Montréal** (*Défenderesse*) *Appelante*;

et

**Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.** (*Demanderesse*) *Intimée.*

---

**La Banque Royale du Canada** (*Défenderesse*) *Appelante*;

et

**Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.** (*Demanderesse*) *Intimée.*

---

**C.F.I. Operating Co. Ltd.** (*Défenderesse*) *Appelante*;

et

**Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.** (*Demanderesse*) *Intimée.*

1974: les 12, 13 et 14 juin; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon et Beetz.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Tribunaux—Compétence—Ordonnance d'un tribunal provincial ayant pour objet de statuer sur des biens déjà soumis à une ordonnance régulière d'un autre tribunal provincial—Ordonnance désapprouvée par la Cour suprême du Canada—La Cour suprême n'est pas en mesure de statuer sur la validité d'une saisie-arrêt effectuée dans une autre province—The Builders and Workmen Act, R.S.M. 1970, c. B90, art. 3.*

Un jugement de la Cour du banc de la reine du Manitoba a déclaré, entre autres, que certaines sommes inscrites au crédit de la compagnie appelante et d'une autre compagnie dans des succursales des banques appelantes à Montréal constituaient une fiducie en vertu du *Builders and Workmen Act*, R.S.M. 1970, c. B90, au profit de diverses catégories de personnes (entrepreneurs, sous-traitants et autres) impliquées dans un projet de construction près de The Pas. Le jugement a ordonné également aux deux banques de rendre compte et de verser les sommes au séquestre de la Cour. Les fonds en question faisaient

instituted more than a year before the respondent's "mechanic's lien" action in Manitoba. The Quebec proceedings were still on foot at the time of the hearing in this Court.

The appeal of the appellant company to the Manitoba Court of Appeal was dismissed by a bench of three, but subject to reservation, for consideration of the full Court, of a question as to the jurisdiction of the Manitoba Court of Queen's Bench to deal with the moneys in question. The unanimous judgment of the full Court affirmed the judgment of the Court of Queen's Bench.

*Held*: The judgment of the Court of Appeal should be set aside.

Since the two banks were already subject to the Quebec garnishment when the Manitoba proceedings began, the Manitoba judgment would call upon them to be faithless to the competent order of a sister judicial district. This Court, with a reviewing and controlling authority over both the Courts of Manitoba and of Quebec, could not be expected to support such a call. Unless this Court were in a position to rule on the validity of the Quebec garnishment, it could not with any propriety approve an order of one provincial Court that purported to deal with assets already captured by the competent order of another provincial Court, and particularly an order of the Court of the province where those assets were situated.

*General Foods Ltd. v. Struthers Scientific and International Corporation*, [1974] S.C.R. 98, referred to.

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], affirming a judgment of Tritschler C.J.Q.B. Appeals allowed.

*P. S. Morse, Q.C.*, and *A. Paterson, Q.C.*, for the defendant, appellant, Bank of Montreal.

[1] [1972] 5 W.W.R. 621, 31 D.L.R. (3d) 190, *sub nom. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd. v. C.F.I. Operating Co. Ltd. et al.*

l'objet de certaines ordonnances de saisie-arrêt rendues par la Cour supérieure du Québec dans des procédures instituées plus d'un an avant que l'intimée eût intenté au Manitoba une action sur privilège ouvrier. Les procédures engagées au Québec étaient toujours en cours au moment de l'audition en cette Cour.

L'appel interjeté par la compagnie appelante devant la Cour d'appel du Manitoba a été rejeté par un banc de trois juges, mais sous réserve de renvoi, pour examen par la Cour siégeant au complet d'une question portant sur la compétence de la Cour du banc de la reine à statuer sur les fonds en question. Une décision unanime de la Cour siégeant au complet confirma le jugement de la Cour du banc de la reine.

*Arrêt*: L'arrêt de la Cour d'appel doit être infirmé.

Étant donné que les deux banques faisaient déjà l'objet d'une saisie-arrêt au Québec au moment où l'action a été intentée au Manitoba, le jugement du Manitoba leur demanderait en quelque sorte de refuser d'obtempérer à l'ordonnance régulière d'un district judiciaire frère. On ne pourrait attendre de cette Cour, dotée d'un pouvoir de révision et de contrôle sur les tribunaux du Manitoba et du Québec, qu'elle entérine cette demande. À moins qu'elle n'ait été en mesure de statuer sur la validité de la saisie-arrêt effectuée au Québec, il ne pourrait être convenable qu'elle approuve une ordonnance d'un tribunal provincial qui avait pour objet de statuer sur des biens qui étaient déjà soumis à une ordonnance régulière d'un autre tribunal provincial, et en particulier à une ordonnance du tribunal de la province du lieu de la situation de ces biens.

Arrêt mentionné: *General Foods Ltd. c. Struthers Scientific and International Corporation*, [1974] R.C.S. 98.

POURVOIS interjetés à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], confirmant un jugement du juge en chef Tritschler de la Cour du banc de la reine. Pourvois accueillis.

*P. S. Morse, c.r.*, et *A. Paterson, c.r.*, pour la défenderesse, appelante, la Banque de Montréal.

[1] [1972] 5 W.W.R. 621, 31 D.L.R. (3d) 190, *sub nom. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd. v. C.F.I. Operating Co. Ltd. et al.*

*E. R. Yarnell* and *G. B. Maughan*, for the defendant, appellant, Royal Bank of Canada.

*K. P. Regier* and *P. W. Schulman*, for the defendant, appellant, C.F.I. Operating Co. Ltd.

*M. J. Arpin, Q.C.*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—These two appeals, one by the Bank of Montreal and the Royal Bank, and the second by C.F.I. Operating Company Limited, were heard together by direction of this Court after a motion by the respondent, Metropolitan Investigation & Security (Canada) Limited, to quash the second appeal failed. A judgment of the Manitoba Court of Appeal, delivered for a unanimous five-judge court by Freedman C.J.M., and common to both appeals herein, is in issue in its holding (affirming the judgment of Tritschler C.J.Q.B.), as set out in the formal order of the Manitoba Court of Appeal, that "certain money on deposit in the names and to the credit of the defendants C.F.I. Operating Co. Ltd. and Technopulp Machinery Inc. with the defendants Bank of Montreal and The Royal Bank of Canada respectively at certain branches thereof in the City of Montreal, in the Province of Quebec, be paid by the said defendants Bank of Montreal and The Royal Bank of Canada to Sydney John Down, as Receiver thereof."

About four million dollars is held in the branches of the two banks in Montreal to the credit of C.F.I. Operating Company Limited, a Dominion company, (hereinafter referred to as Opco) and to the credit of Technopulp Machinery Inc., a New Jersey company, (hereinafter called Technopulp). The credits are represented by term deposit receipts of the Bank of Montreal and numbered term deposit accounts of the Royal Bank of Canada. The larger portion

*E. R. Yarnell* et *G. B. Maughan*, pour la défenderesse, appelante, la Banque Royale du Canada.

*K. P. Regier* et *P. W. Schulman*, pour la défenderesse, appelante, C.F.I. Operating Co. Ltd.

*M. J. Arpin, c.r.*, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ces deux pourvois, l'un formé conjointement par la Banque de Montréal et la Banque Royale et l'autre par C.F.I. Operating Company Limited, ont été entendus ensemble à la suite d'une directive de cette Cour après le rejet de la requête en annulation du deuxième appel formée par l'intimée Metropolitan Investigation & Security (Canada) Limited. Un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, rendu par le juge en chef du Manitoba Freedman au nom des cinq juges qui la composaient, et commun aux deux pourvois qui sont devant nous, se trouve en litige; car il a statué (confirmant le jugement du juge en chef du Banc de la reine Tritschler), ainsi qu'il est exposé dans l'ordonnance solennelle de la Cour d'appel du Manitoba, que [TRADUCTION] «certaines sommes que les défenderesses Banque de Montréal et Banque Royale du Canada détiennent respectivement en dépôt aux noms et au crédit des défenderesses C.F.I. Operating Co. Ltd. et Technopulp Machinery Inc. dans certaines succursales bancaires qu'elles possèdent en la ville de Montréal dans la province de Québec, devront être versées par lesdites défenderesses Banque de Montréal et Banque Royale à M. Sydney John Down, ce dernier agissant comme séquestre.»

Les succursales des deux banques à Montréal détiennent environ quatre millions de dollars au crédit de C.F.I. Operating Company Limited, une compagnie constituée en vertu des lois du Dominion, (ci-après appelée Opco) et au crédit de Technopulp Machinery Inc., une compagnie du New Jersey, (ci-après appelée Technopulp). Ces crédits sont constitués par des certificats de dépôt à terme de la Banque de Montréal et des comptes de dépôt à terme numérotés de la

of the money under a term deposit receipt and under a numbered term deposit account is held to the credit of Opco, but it is unnecessary for the purposes of this case to itemize the sums held to the credit of Opco and Technopulp respectively.

The claim to the money in question is made in virtue of *The Builders and Workmen Act*, R.S.M. 1970, c. B90, s. 3 of which provides as follows:

*Contract moneys a trust.*

3(1) All sums received by a builder or contractor or a sub-contractor on account of the contract price shall be and constitute a trust fund in the hands of the builder or contractor, or of the sub-contractor, as the case may be, for the benefit of the proprietor, builder or contractor, sub-contractors, Workmen's Compensation Board, workmen, and persons who have supplied material on account of the contract.

*Application of trust moneys.*

3(2) The builder or contractor or the sub-contractor, as the case may be, shall be the trustee of all such sums so received by him, and until all workmen and all persons who have supplied material on the contract and all sub-contractors are paid for work done or material supplied on the contract, and the Workmen's Compensation Board is paid any assessment with respect thereto, may not appropriate or convert any part thereof to his own use or to any use not authorized by the trust.

The "mechanic's lien" action in which the claim was made was launched by a statement of claim of February 2, 1972, by Metropolitan Investigation & Security (Canada) Limited (hereinafter referred to as Metropolitan) on behalf of itself and other beneficiaries of the alleged statutory trust, under s. 3 aforesaid, being creditors who had supplied materials, labour and other services in connection with the Churchill Forest Industries project at or near the town of The Pas in Manitoba. Opco and Technopulp were involved as builders or contractors in the project. Metropolitan had supplied security guard services for the project, and it alleged that the sum of $26,218.21 was owing to it for such services. Among the defendants to the action were Sydney John Down, trustee in bankruptcy

Banque Royale du Canada. La majeure partie de l'argent figure au crédit d'Opco en vertu d'un certificat de dépôt à terme et d'un compte de dépôt à terme numéroté, mais point n'est besoin, en l'espèce, de faire le décompte détaillé des sommes figurant respectivement au crédit d'Opco et de Technopulp.

La demande en paiement de l'argent en question est fondée sur l'art. 3. de *The Builders and Workmen Act*, R.S.M. 1970, c. B90, article qui est libellé comme suit:

*Les sommes reçues seront des fonds de fiducie.*

3(1) Toutes les sommes que reçoit un constructeur, un entrepreneur ou un sous-traitant à valoir sur le prix stipulé au contrat forment dans les mains de ces derniers un fonds en fiducie au profit du propriétaire, du constructeur, de l'entrepreneur, des sous-traitants, de la Caisse des accidents de travail, des travailleurs, et de ceux qui ont fourni des matériaux pour l'exécution du contrat.

*Affectation des sommes en fiducie.*

3(2) Le constructeur, l'entrepreneur ou le sous-traitant, selon le cas, détient en fiducie toutes les sommes qu'il a reçues à ce titre et il ne peut les affecter ou utiliser à son propre usage ou à tout usage que la fiducie n'autorise pas tant que n'ont pas été réglés tous les travailleurs et fournisseurs de matériaux ainsi que tous les sous-traitants et tant que la Caisse des accidents de travail n'a pas reçu paiement des cotisations dues.

L'action sur privilège ouvrier dans laquelle a été formulée la demande a été, par une déclaration écrite du 2 février 1972, entamée par Metropolitan Investigation & Security (Canada) Limited (ci-après appelée Metropolitan) en son nom propre et au nom d'autres bénéficiaires de la fiducie légale, sous le régime de l'art. 3 susmentionné, ces créanciers ayant fourni des matériaux, effectué des travaux et fourni d'autres services relativement au projet Churchill Forest Industries à proximité de la ville de The Pas au Manitoba. Opco et Technopulp étaient impliquées en qualité de constructeurs ou d'entrepreneurs. Metropolitan avait fourni des services de gardiennage à l'occasion des travaux et elle réclamait le paiement de la somme de $26,218.21 en rémunération de ses services.

of Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited, against which a receiving order had been made on December 6, 1971, and Manitoba Development Corporation, which alleged in its statement of defence that it had made large loans to those engaged in the project, that those loans had been secured by indentures which created a floating charge, and that upon default by the debtors, including Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited, it had obtained the appointment by the Court on January 7, 1971, of a receiver manager of all the assets of the debtor companies, including the moneys claimed in this action from the two banks. The two banks were also named as defendants by Metropolitan.

In its statement of defence, Manitoba Development Corporation also pleaded that it had the right to attach the moneys in question under the terms of the Court order of January 7, 1971, which was still in effect, "together with complementary litigation instituted by this Defendant, in conjunction with the receiver manager . . . in the Courts of Quebec". Manitoba Development Corporation concluded its defence by stating that it sought the payment over of the moneys to the receiver manager in order that they might be distributed to creditors in accordance with their equities and priorities as determined by the Manitoba Courts.

Manitoba Rules of Court make provision for service of a statement of claim *ex juris*, and pursuant to such authority the statement of claim filed by Metropolitan was served upon Opco at its head office in Montreal, upon the two banks at offices in Montreal and upon Technopulp at its office in New Jersey. Opco was also served in Manitoba.

Only Manitoba Development Corporation filed a statement of defence and, in the result, final judgment was signed against Sydney John

Parmi les défendeurs à l'action, on trouvait Sydney John Down, syndic de faillite de Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited contre laquelle une ordonnance de séquestre avait été rendue le 6 décembre 1971, et Manitoba Development Corporation, qui dans son exposé de défense a affirmé qu'elle avait consenti des prêts importants aux participants aux travaux, que ces prêts avaient été garantis par des contrats créant une charge flottante, et qu'elle avait obtenu, après constatation du défaut de paiement des débiteurs, dont notamment Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited, la nomination par le tribunal, le 7 janvier 1971, d'un séquestre-gérant de tous les biens des compagnies débitrices et notamment des sommes dont le paiement est réclamé aux deux banques dans la présente action. Les deux banques étaient également citées à titre de défenderesses par Metropolitan.

Dans son exposé de défense, Manitoba Development Corporation a fait valoir également qu'elle avait le droit de saisir les sommes en question en vertu de l'ordonnance de cour du 7 janvier 1971, qui était toujours en vigueur, [TRADUCTION] «concomitamment avec l'action complémentaire engagée par la présente défenderesse conjointement avec le séquestre-gérant . . . devant les tribunaux du Québec». Manitoba Development Corporation a conclu sa défense en déclarant qu'elle cherchait à obtenir la remise des sommes au séquestre afin qu'elles puissent être réparties entre les créanciers selon le montant net et le rang de leurs créances ainsi qu'ils auront été déterminés par les tribunaux du Manitoba.

Les règles de cour du Manitoba permettant la signification *ex juris* d'un exposé de demande, l'exposé de demande déposé par Metropolitan fut signifié à Opco à son siège social à Montréal, aux deux banques à des bureaux à Montréal ainsi qu'à Technopulp à son bureau au New Jersey. Opco en a également reçu signification au Manitoba.

Manitoba Development Corporation a été la seule à produire un exposé de défense et, par conséquent, un jugement définitif au montant

Down, the trustee in bankruptcy of Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited and against certain other Manitoba defendants for the amount of Metropolitan's claim and default interlocutory judgments were entered against them in other respects and, similarly, default interlocutory judgments were entered against Opco, Technopulp and the two banks on various dates in March 1972. A motion by Opco to set aside the interlocutory judgment against it failed. On April 19, 1972, final judgment was given against all these defendants, and Manitoba Development Corporation filed a consent to judgment going against it as well. This judgment declared that the moneys standing to the credit of Opco and Technopulp in branches of the two banks in Montreal constituted a trust fund under *The Builders and Workmen Act* of Manitoba for the benefit of various classes of persons (contractors, subcontractors and others) involved in the CFI project at The Pas, but subject to the prior rights, if any, of the receiver manager of Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited and/or Manitoba Development Corporation. The judgment also appointed Sydney John Down as receiver of the moneys, and ordered the two banks to account to him for the moneys and to pay them to him in Winnipeg, Manitoba.

Certified copies of this judgment were served on Technopulp in New Jersey and on the two banks in Montreal and as well in Manitoba, but no attempt was made to have the judgment exemplified in Quebec under relevant provisions of the Quebec *Code of Civil Procedure*. It was conceded by the respondent Metropolitan in this Court that there is no Manitoba statute or Rule of Court which authorizes service *ex juris* of a Manitoba judgment *simpliciter*. Indeed, Metropolitan does not rely on service of copies of the judgment on the banks but simply on service of the statement of claim as being sufficient to support the jurisdiction of the Manitoba Court.

réclamé par Metropolitan fut signé contre Sydney John Down, syndic de faillite de Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited, et contre certains autres défendeurs du Manitoba et des jugements interlocutoires par défaut furent enregistrés à leur encontre à d'autres égards et, de même, des jugements interlocutoires par défaut furent enregistrés contre Opco, Technopulp et les deux banques à diverses dates en mars 1972. Une requête d'Opco en annulation du jugement interlocutoire à son encontre échoua. Le 19 avril 1972, jugement définitif fut octroyé contre tous ces défendeurs et Manitoba Development Corporation produisit un consentement à ce que jugement soit rendu contre elle également. Le jugement déclarait que les sommes inscrites au crédit d'Opco et de Technopulp dans des succursales des deux banques à Montréal constituaient un fonds en fiducie en vertu de la loi manitobaine «*The Builders and Workmen Act*» au profit des diverses catégories de personnes (entrepreneurs, sous-traitants et autres) impliquées dans le projet CFI près de The Pas, sous réserve toutefois d'éventuels droits prioritaires du séquestre-gérant de Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited et (ou) de Manitoba Development Corporation. Le jugement désignait également Sydney John Down comme séquestre des sommes et ordonnait aux deux banques de lui rendre compte et de lui verser ces sommes à Winnipeg au Manitoba.

Des copies certifiées conformes du jugement furent signifiées à Technopulp au New Jersey et aux deux banques à Montréal ainsi qu'au Manitoba, mais l'exemplication (*exequatur*) du jugement au Québec en vertu des dispositions pertinentes du *Code de procédure civile* du Québec ne fut pas demandée. L'intimée, Metropolitan, a reconnu devant cette Cour qu'aucune loi du Manitoba ni règle de cour manitobaine n'autorise la signification *ex juris* d'un jugement *simpliciter* du Manitoba. En effet, pour justifier la compétence de la Cour du Manitoba, Metropolitan n'a pas invoqué la signification des copies du jugement aux banques, mais simplement la signification de l'exposé de demande.

Opco appealed to the Manitoba Court of Appeal from the judgment of April 19, 1972, and that appeal, which also involved a number of issues respecting orders for validation of service upon certain defendants and respecting an order for inclusion of additional affidavit evidence in the record on appeal (none of these issues being material here), was dismissed in reasons delivered by Guy J.A. for a bench of three, but subject to reservation, for consideration of the full Court, of a question of jurisdiction formulated by counsel for Opco as follows:

THAT the Court of Queen's Bench does not have jurisdiction to deal with moneys located outside the Province of Manitoba, which said moneys are in the Bank of Montreal and The Royal Bank of Canada in the City of Montreal, in the Province of Quebec, and stand to the credit of the Defendant.

This question was reserved because, due to some misunderstanding, counsel for the two banks did not appear on the appeal when it first came on, although they were served with the notice of appeal. The hearing before the full Court resulted in the judgment which is now before this Court. Although notice of the further hearing was given as well to Technopulp and to Manitoba Development Corporation neither of them appeared, nor were they represented on the hearing of the appeals in this Court.

Freedman C.J.M. approached the jurisdictional issue in the following terms:

It is proper to note that the banks in question have an undeniable presence in Manitoba. The particular funds, however, are lodged in branches of the banks in Montreal. Does that circumstance place the moneys beyond the reach of the Manitoba Court?

He answered this question in the negative, relying on the *in personam* jurisdiction of a Court of equity and on the power of the Court to make effective an adjudication that a trust existed under *The Builders and Workmen Act* in respect

Opco a interjeté appel devant la Cour d'appel du Manitoba du jugement du 19 avril 1972. Cet appel, qui comportait aussi un certain nombre de questions relativement à des ordonnances de validation de signification à certains défendeurs et relativement à une ordonnance de production au dossier d'appel de preuves par déclarations sous serment supplémentaires (aucune de ces questions n'étant pertinentes ici), fut rejeté dans des motifs rédigés par le juge d'appel Guy au nom d'un banc de trois juges, mais sous réserve de renvoi, pour examen par la Cour siégeant au complet, d'une question de compétence que l'avocat d'Opco avait formulée comme suit:

[TRADUCTION] QUE la Cour du banc de la reine n'a pas compétence pour statuer sur des fonds situés en dehors du Manitoba, fonds qui se trouvent à la Banque de Montréal et à la Banque Royale du Canada en la ville de Montréal dans la province de Québec, et qui sont au crédit de la défenderesse.

L'examen de cette question a été reporté parce que, en raison d'un malentendu, les avocats des deux banques n'avaient pas comparu lorsque l'appel était venu à audition, bien qu'ils eussent reçu signification de l'avis d'appel. L'audition tenue devant la cour siégeant au complet a abouti au jugement dont nous sommes actuellement saisis. Malgré qu'avis de la nouvelle audition ait été donné également à Technopulp et à Manitoba Development Corporation, elles n'ont pas comparu; et elles ne se sont pas fait représenter non plus lors de l'audition des pourvois portés devant nous.

Le juge en chef Freedman, juge en chef du Manitoba, a posé la question de compétence dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Il convient de constater la présence indéniable de ces deux banques au Manitoba. Toutefois, les fonds litigieux sont déposés dans des succursales de ces banques à Montréal. Ces sommes échappent-elles pour ce motif à la compétence du tribunal manitobain?

Il a répondu par la négative, en s'autorisant de la compétence *in personam* d'un tribunal d'*equity* et du pouvoir du tribunal de donner effet à une décision constatant l'existence, en vertu de *The Builders and Workmen Act*, d'une

of money paid as part of the contract price of a building project in Manitoba. It had been urged by counsel for Opco that the judgment in appeal was similar to a garnishing order and that it was beyond the power of the Courts of Manitoba to deal with a debt (the moneys in question) located in Quebec. Although finding it unnecessary to treat the case on this basis, Freedman C.J.M. held, on the authority of *McMulkin v. Traders Bank of Canada*[2], that, treating the judgment as a garnishing order, the Manitoba Courts, under Q.B. Rule 526, could attach a debt located outside the province so long as the debtor (in this case the two banks) was within it. He refused to follow *Richardson v. Richardson*[3] holding, under a similar rule, that both the debt and the debtor must be within the jurisdiction.

Freedman C.J.M. also held that the authority of the *McMulkin* case was not impaired by the subsequent enactment in 1923, by 1923 (Can.) c. 32, of what became s. 96(4) of the *Bank Act*, now R.S.C. 1970, c. B-1. Moreover, he was of the opinion that although branches of banks are separate entities for certain purposes, this did not alter the fact that a branch was an agent of the parent bank. Again, it was his view that the requirement of a demand and refusal at the particular branches in Montreal as a prerequisite to suit in the Manitoba Courts did not apply in the present case where the issue was not one concerning only the relationship between the branch and a depositor but rather concerned the relationship between the branch and a creditor of the depositor acting under a special order to enforce a trust. Service of the order was itself a sufficient demand, as it would be in the case of a garnishing order.

[2] (1912), 26 O.L.R. 1.
[3] [1927] P. 228.

fiducie relative à des sommes versées en paiement partiel du prix stipulé d'un contrat de travaux de construction entrepris au Manitoba. L'avocat d'Opco avait fait valoir que le jugement frappé d'appel était similaire à une ordonnance de saisie-arrêt et qu'il était au-delà des pouvoirs des tribunaux du Manitoba de se prononcer sur une créance (les sommes en question) située au Québec. Tout en considérant qu'il n'était pas nécessaire d'aborder l'affaire sous cet angle, le juge en chef Freedman a estimé, en se fondant sur *McMulkin v. Traders Bank of Canada*[2], que, traitant le jugement comme une ordonnance de saisie-arrêt, les tribunaux du Manitoba, en vertu de la règle 526 de du banc de la reine, pouvaient saisir une créance située à l'extérieur de la province tant et aussi longtemps que le débiteur (dans ce cas-ci les deux banques) se trouvait dans la province. Il a refusé de suivre le jugement *Richardson v. Richardson*[3], qui avait statué, en vertu d'une règle analogue, que la créance et le débiteur devaient se trouver dans le ressort.

Le juge en chef Freedman a également statué que l'adoption subséquente en 1923 (c. 32 (Canada) de 1923) de ce qui est devenu le par. (4) de l'art. 96 de la *Loi sur les banques*, actuellement le c. B-1 des S.R.C. de 1970, n'avait pas diminué l'autorité de la décision rendue en l'affaire *McMulkin*. En outre, il était d'avis que même si, pour certaines fins, les succursales de banque constituent des entités distinctes, cela ne changeait rien au fait qu'une succursale était mandataire de la banque mère. Il estimait aussi que la mise en demeure et le refus des succursales de Montréal ne constituaient pas en l'espèce une condition préalable de l'action devant les tribunaux du Manitoba, car il ne s'agissait pas ici uniquement d'une relation entre la succursale et un déposant, mais plutôt d'une relation entre la succursale et un créancier du déposant agissant en vertu d'une ordonnance spéciale visant à mettre une fiducie à exécution. La signification de cette ordonnance constituait en elle-même une mise en demeure suffisante comme c'eût été le cas pour une ordonnance de saisie-arrêt.

[2] (1912), 26 O.L.R. 1.
[3] [1927] p. 228.

In concluding his reasons, the learned Chief Justice emphasized what he called "the special nature of this action", as follows:

It is a claim for a declaration of trust and for its enforcement. That trust had its source and origin in a building project in The Pas in Manitoba. Its legal basis was a statute of Manitoba. It concerned moneys paid in Manitoba to the corporate builders or contractors engaged on the project. Part of those moneys were paid to Opco and Technopulp. But they were impressed with a trust in favour of the approximately 200 persons of whose class the plaintiff is a representative. Opco and Technopulp have lodged or caused to be lodged about $4,000,000 of these moneys with the Bank of Montreal and The Royal Bank of Canada in Montreal branches. Both banks are effectively within the Province of Manitoba. In these circumstances the Court of Queen's Bench, having found the moneys to be subject to the statutory trust, has directed the banks to account for and pay the moneys to the Court's receiver. This is not a case of extra-territorial execution of a Provincial judgment. The banks are here, in Manitoba. It is here that they are being asked to account. That the moneys are now lodged in Montreal branches is relevant as identifying the particular funds claimed by the plaintiff as forming part of the trust. To assert as against the plaintiff that the branches in Quebec should be regarded as separate entities, that the debt of the banks should be declared to have a Quebec locale, and that no action in respect thereof would lie in Manitoba without prior demand and refusal at Montreal, appears to us to be technical and artificial in the extreme.

This emphasis leaves out of consideration an important aspect of the case, and also asserts as a fact a point of some relevance for which I can find no support in the record, although there are surrounding circumstances out of which its existence may perhaps have been assumed. The assertion of fact for which I can find no support in the record is the statement by Freedman C.J.M., in the concluding paragraphs of his reasons quoted above, that the Manitoba action

Le savant juge en chef a conclu ses motifs en insistant tout particulièrement sur ce qu'il a appelé «la nature spéciale de cette action»:

[TRADUCTION] Il s'agit d'une demande visant à faire déclarer l'existence d'une fiducie et à faire déclarer l'existence d'une fiducie et à faire mettre celle-ci à exécution. Cette fiducie, elle trouve son origine dans des travaux de construction entrepris à The Pas au Manitoba. Son fondement juridique est une loi du Manitoba. Elle vise des sommes versées au Manitoba aux compagnies qui ont participé aux travaux comme constructeurs ou entrepreneurs. Une partie de ces sommes fut versée à Opco et à Technopulp, mais elle s'est trouvée assujettie à une fiducie en faveur du groupe d'environ deux cent personnes qui constitue une catégorie dont la demanderesse est un représentant. De ce montant, Opco et Technopulp ont déposé ou fait déposer une tranche d'environ $4,000,000 à la Banque de Montréal et à la Banque Royale du Canada dans leurs succursales à Montréal. Ces deux banques ont une présence effective dans la province du Manitoba. Dans ces circonstances, la Cour du banc de la reine, après avoir constaté que l'argent se trouvait assujetti à la fiducie prévue par la loi, a ordonné aux banques d'en rendre compte au séquestre nommé par le tribunal et de le lui verser. Il ne s'agit pas ici d'une exécution extraterritoriale d'un jugement provincial car les banques sont ici, au Manitoba. C'est ici qu'on leur demande de rendre compte. Le fait que l'argent se trouve actuellement en dépôt dans des succursales de Montréal n'est pertinent que parce qu'il détermine quels sont les fonds que la demanderesse réclame comme faisant partie de la fiducie. Objecter à la demanderesse qu'il y a lieu de considérer les succursales situées au Québec comme des entités distinctes, que la dette des banques doit être déclarée avoir son *situs* au Québec, et qu'aucune action ne peut être intentée à l'égard de cette dette au Manitoba avant la mise en demeure et le refus des banques à Montréal, nous apparaît être un argument on ne peut être plus formaliste et artificiel.

Ce sur quoi il insiste laisse de côté un aspect important de l'affaire, et considère également comme un fait acquis un élément de quelque importance pour lequel je ne trouve aucune justification dans le dossier, bien qu'il existe des circonstances à partir desquelles on a peut-être pu en présumer l'existence. Je veux parler des derniers alinéas, précités, des motifs du Juge en chef du Manitoba, où il dit que l'action intentée au Manitoba «vise des sommes versées au

"concerned moneys paid in Manitoba to the corporate builders or contractors engaged on the project". The statement of claim of Metropolitan, taken for present purposes to be incontrovertible in respect of its assertions of fact, does not allege that the moneys in issue here were received by Opco and Technopulp in Manitoba. It does say, in para. 18, that certain moneys received by Opco, Technopulp and others on account of the contract price for the Churchill Forest Industries complex "were, on January 7, 1971 and still are held" in the names of Opco and Technopulp in the two banks in offices thereof in Montreal. This is as far as the record in the Manitoba proceedings goes.

The amended declaration of Manitoba Development Corporation in the Quebec Superior Court, which is part of the record before this Court, does indicate that all or part of the funds in issue here were originally paid over in Manitoba before being directed by Opco and Technopulp to branches of the two banks in Montreal. This declaration is not, however, itself probative of the matter in Manitoba through mere assertion in the Quebec proceedings. The question whether the moneys were ever paid or received in Manitoba is material to the scope of s. 3 of *The Builders and Workmen Act,* that is whether it operates or, indeed, can validly operate upon moneys that were not paid or received in Manitoba. I refrain from coming to a conclusion on this matter without affording the parties a previous opportunity to have the issue of fact resolved one way or the other. It is, however, unnecessary to remit the case for this purpose because, in my opinion, the aspect of the case left out of consideration in the reasons of the Manitoba Court of Appeal is, on my view of it, decisive against the respondent's position and requires that these appeals be allowed.

What I refer to is the effect of the institution of proceedings in the Quebec Superior Court by Manitoba Development Corporation on January

Manitoba aux compagnies qui ont participé aux travaux comme constructeurs ou entrepreneurs». L'exposé de la demande de Metropolitan, considéré pour l'objet qui nous occupe comme incontestable en ce qui a trait aux assertions de fait, n'affirme pas qu'Opco et Technopulp ont reçu les sommes litigieuses au Manitoba. Ce qu'il dit, au par. 18, c'est que certaines sommes reçues par Opco, Technopulp et consorts sur le prix stipulé au contrat pour des travaux effectués dans le complexe de Churchill Forest Industries [TRADUCTION] «se trouvaient au 7 janvier 1971, et demeurent encore, inscrites» aux noms d'Opco et de Technopulp dans les succursales des deux banques à Montréal. Tel est le dossier de la procédure engagée au Manitoba.

La déclaration modifiée de Manitoba Development Corporation devant la Cour supérieure du Québec, qui fait partie du dossier en cette Cour, indique il est vrai que tous les fonds litigieux, ou partie de ceux-ci, avaient originalement été versés au Manitoba avant d'être redirigés par Opco et Technopulp vers des succursales des deux banques à Montréal. Cette déclaration, simple affirmation faite dans l'action intentée au Québec, ne suffit toutefois pas à apporter la preuve du déroulement des faits au Manitoba. La question de savoir si ces sommes ont été payées ou reçues au Manitoba met en cause la portée de l'art. 3 de la loi intitulée «*The Builders and Workmen Act*», car cet article s'applique-t-il ou, même, peut-il valablement s'appliquer à des sommes qui n'ont pas été reçues ou payées au Manitoba? Je m'abstiens de conclure sur ce point sans avoir préalablement donné aux parties l'occasion de faire trancher dans un sens ou dans l'autre la question de fait. Toutefois, point n'est besoin de renvoyer à telle fin le dossier de l'affaire, car j'estime que la Cour d'appel du Manitoba a, dans ses motifs, laissé de côté un aspect qui, à mon avis, met à néant la position de l'intimée et nous oblige à accueillir les pourvois.

Je veux parler de l'effet de l'action intentée devant la Cour supérieure du Québec par Manitoba Development Corporation le 8 janvier

8, 1971, more than a year before Metropolitan's action in Manitoba. On the same date, January 8, 1971, garnishment before judgment was authorized and effected, pursuant to Quebec rules of procedure, of the very moneys claimed in the Manitoba proceedings. The Quebec proceedings were still on foot at the time of the hearing in this Court.

Freedman C.J.M. referred to the Quebec proceedings in the following terms and then said no more about them:

> It is perhaps appropriate to mention that the funds in Montreal are subject to certain attaching orders, in proceedings in the Courts of Quebec, at the suit of Manitoba Development Corporation and others. The validity of these attaching orders has been questioned, but that is not a matter which needs to be determined in the present appeal.

Subject to the effect of the consent of the Manitoba Development Corporation to the judgment which is the subject of the appeals to this Court, the Quebec proceedings, including the garnishment before judgment, must be taken as being competent proceedings in a Court having jurisdiction over the two banks (which were named as garnishees therein) in as full a manner as jurisdiction over them has been declared by the Manitoba Courts in the Manitoba proceedings. The garnishment in Quebec took the moneys out of the control of the two banks, pending the determination of the proceedings instituted therein, and I do not see how the later *in personam* jurisdiction asserted by the Manitoba Courts can be given effect in respect of those moneys when, apart from any question of comity, the issue comes before this Court with its unifying jurisdiction over the Manitoba Courts as well as over those of Quebec: see *General Foods Limited v. Struthers Scientific and International Corporation*[4].

[4] [1974] S.C.R. 98.

1971, plus d'un an avant l'action de Metropolitan au Manitoba. A la même date, le 8 janvier 1971, une saisie-arrêt avant jugement fut autorisée et effectuée en vertu des règles de procédure du Québec sur les sommes mêmes dont le paiement est réclamé dans la procédure engagée au Manitoba. La procédure engagée au Québec était toujours en cours au moment de l'audition en cette Cour.

Les seuls commentaires que fait le juge en chef Freedman du Manitoba à propos de la procédure engagée au Québec sont les suivants:

> [TRADUCTION] Il convient peut-être de mentionner que les fonds se trouvant à Montréal font l'objet de certaines ordonnances de saisie-arrêt rendues par les tribunaux du Québec à la demande de Manitoba Development Corporation et consorts. La validité de ces ordonnances de saisie a été contestée, mais il n'y a pas lieu dans le présent appel de nous prononcer sur ce point.

Sous réserve de l'effet du consentement de Manitoba Development Corporation au jugement qui fait l'objet des pourvois dont est saisie cette Cour, les procédures engagées au Québec, et notamment la saisie-arrêt avant jugement, doivent être considérées comme des procédures régulières engagées devant un tribunal ayant sur les deux banques (qui y étaient citées en qualité de tierces-saisies) une compétence aussi pleine et entière que celle que les tribunaux du Manitoba ont déclaré posséder lors des procédures engagées au Manitoba. La saisie-arrêt pratiquée au Québec a soustrait les fonds litigieux au pouvoir des deux banques, jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'action y engagée, et je ne vois pas comment on peut donner effet quant à ces sommes à la compétence *in personam* affirmée postérieurement par les tribunaux du Manitoba—sauf à faire intervenir la notion de courtoisie entre tribunaux—lorsque la question est soumise à cette Cour dans sa juridiction unificatrice sur les tribunaux du Manitoba et sur ceux du Québec: voir *General Foods Limited v. Struthers Scientific and International Corporation.*[4]

[4] [1974] R.C.S. 98.

Since the two banks were already subject to the Quebec garnishment when the Manitoba proceedings began, the Manitoba judgment calls upon them to be faithless to the competent order of a sister judicial district. This Court, with a reviewing and controlling authority over both the Courts of Manitoba and of Quebec, cannot be expected to support such a call. Unless this Court is in a position (and it is not in these appeals) to rule on the validity of the Quebec garnishment, it cannot with any propriety approve an order of one provincial Court that purports to deal with assets already captured by the competent order of another provincial Court, and particularly an order of the Court of the province where those assets are situated.

Neither the consent of the Manitoba Development Corporation to the judgment entered in favour of Metropolitan nor the reservation in that judgment of the prior rights, if any, of the Manitoba Development Corporation and of the receiver manager of Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited diminishes let alone eliminates the effect of the Quebec garnishment upon the two appellant banks. It may be that Manitoba Development Corporation is indifferent as to the Court through which the moneys held by the two banks is distributed to those entitled thereto. Its consent to the Manitoba judgment was not, however, followed by any attempt to discontinue the Quebec proceedings, and I cannot regard that consent as in itself sufficient to annul the garnishment effected in Quebec. The reservation in the Manitoba judgment of prior rights does not advance Metropolitan's position vis-à-vis the Quebec garnishment. If the prior rights refer to the Quebec proceedings, which in my opinion is unlikely, then there has been a removal of the entire subject-matter of the present appeals from the grasp of the Manitoba judgment, at least until the Quebec proceedings have been concluded or otherwise terminated, and this might very well be by distribution of the moneys held by the

Étant donné que les deux banques faisaient déjà l'objet d'une saisie-arrêt au Québec au moment où l'action a été intentée au Manitoba, le jugement du Manitoba leur demande en quelque sorte de refuser d'obtempérer à l'ordonnance régulière d'un district judiciaire frère. On ne peut attendre de cette Cour, dotée d'un pouvoir de révision et de contrôle sur les tribunaux du Manitoba et du Québec, qu'elle entérine cette demande. A moins qu'elle ne soit en mesure (et tel n'est pas le cas dans les pourvois présentement devant elle) de statuer sur la validité de la saisie-arrêt effectuée au Québec, il ne peut être convenable qu'elle approuve une ordonnance d'un tribunal provincial ayant pour objet de statuer sur des biens qui sont soumis à une ordonnance régulière d'un autre tribunal provincial, et en particulier à une ordonnance du tribunal de la province du lieu de la situation de ces biens.

Ni le consentement de Manitoba Development Corporation au jugement pris en faveur de Metropolitan ni la réservation, dans ce jugement, de droits prioritaires éventuels de Manitoba Development Corporation et du séquestre de Churchill Forest Industries (Manitoba) Limited ne diminuent et encore moins n'éliminent les effets de la saisie-arrêt pratiquée au Québec sur les deux banques appelantes. Il se peut que Manitoba Development Corporation ne se soucie guère de savoir par quelle juridiction sera effectuée la distribution aux ayants droit des sommes détenues par les deux banques. Toutefois, elle n'a pas essayé, après avoir consenti au jugement du Manitoba, de mettre fin aux procédures engagées au Québec et je ne puis considérer ce consentement comme suffisant pour annuler la saisie-arrêt effectuée au Québec. La réservation de droits prioritaires dans le jugement du Manitoba ne met pas Metropolitan dans une meilleure position vis-à-vis de la saisie pratiquée au Québec. Si les droits prioritaires dont il est question se rapportent aux procédures engagées au Québec, ce qui est peu probable à mon avis, alors tout l'objet des appels dont nous sommes saisis se trouve à avoir été soustrait à l'atteinte du jugement du Manitoba, au moins jusqu'à ce que les procédures engagées au

two banks to those found to be entitled thereto. The unlikelihood that the reference in the Manitoba judgment to prior rights is to the Quebec proceedings is underlined by the fact that the judgment directs the banks to account to and pay over the moneys in question to the receiver Down in Winnipeg without explicit reference to the Quebec garnishment.

Québec aient été menées à terme ou aient été réglées d'autre façon, ce qui pourrait très bien se faire par la distribution, aux parties qu'on aura jugées être celles qui y ont droit, des sommes détenues par les deux banques au crédit d'Opco et de Technopulp. Le fait que le jugement manitobain ordonne aux banques de rendre compte des sommes et de les verser au séquestre Down à Winnipeg sans faire mention explicite de la saisie pratiquée au Québec fait ressortir l'improbabilité que le jugement ait entendu viser les procédures engagées au Québec lorsqu'il a fait mention de droits prioritaires.

It follows that the judgment of the Manitoba Court of Appeal cannot stand and should be set aside. I do not think, however, that this is a case where the appeals should be allowed and the action dismissed without more. In view of the present subsistence of the Quebec proceedings I would set aside the final judgment dated April 19, 1972. I would grant leave to the respondent, Metropolitan, so far as such leave may be necessary, to move again for final judgment against the defendants Opco, Technopulp, the two banks and Manitoba Development Corporation. In view of this disposition it is unnecessary to consider other points raised in argument such as the correctness of the *McMulkin* case and the effect of s. 96(4) of the *Bank Act*.

Il s'ensuit que l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba ne peut être maintenu et doit être infirmé. Je ne pense pas, cependant, qu'il y ait lieu en l'espèce d'accueillir les pourvois et rejeter l'action sans plus. Vu que les procédures engagées au Québec subsistent encore, je suis d'avis d'infirmer le jugement définitif du 19 avril 1972. Et d'autoriser Metropolitan, dans la mesure où une telle autorisation peut être nécessaire, de demander à nouveau que jugement définitif soit rendu contre les défenderesses Opco, Technopulp, Banque de Montréal, Banque Royale et Manitoba Development Corporation. Un tel règlement rend inutile d'examiner d'autres points soulevés dans les plaidoiries, tels que le bien-fondé de la décision rendue dans l'affaire *McMulkin* et l'effet du par. (4) de l'art. 96 de la *Loi sur les banques*.

Opco should have its costs throughout and the appellant banks should have their costs in this Court.

Opco a droit à ses dépens en toutes les cours et les banques appelantes ont droit à leurs dépens en cette Cour.

*Appeals allowed with costs.*

*Pourvois accueillis avec dépens.*

*Solicitors for the defendant, appellant, Bank of Montreal: Aikins, MacAulay & Thorvaldson and McMaster, Meighen, Minnion, Patch, Coredau, Hyndman & Legge, Winnipeg.*

*Procureurs de la défenderesse, appelante, Banque de Montréal: Aikins, MacAulay & Thorvaldson et McMaster, Meighen, Minnion, Patch, Coredau, Hyndman & Legge, Winnipeg.*

*Solicitors for the defendant, appellant, Royal Bank of Canada: Fillmore & Riley, Winnipeg, and Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault, Montreal.*

*Procureurs de la défenderesse, appelante, Banque Royale du Canada: Fillmore & Riley, Winnipeg, et Oglivy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault, Montréal.*

*Solicitor for the defendant, appellant, C.F.I. Operating Co. Ltd.: Kenneth P. Regier, Winnipeg.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent: Arpin & Co., Winnipeg.*

*Procureur de la défenderesse, appelante, C.F.I. Operating Co. Ltd.: Kenneth P. Regier, Winnipeg.*

*Procureurs de la demanderesse, intimée: Arpin & Co., Winnipeg.*

**Michael William Dobberthien** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

1974: May 28; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

*Criminal law — Evidence — Order excluding witnesses—Crown witnesses failing to comply and permitted to testify—Trial judge expressly reserving question of weight to be attached to rebuttal evidence of only one witness—Whether error in law—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618 (1).*

The appellant was convicted at trial for having narcotics in his possession for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. At the outset of the trial an order excluding all witnesses was granted on the application of counsel for the appellant. Despite this order a number of Crown witnesses remained in the court-room while defence evidence was being given and later were called in rebuttal. Although the trial judge expressly reserved to himself the question of the weight to be attached to the evidence of one of these witnesses, no similar reservation was expressly stated in relation to the evidence of the others. On appeal, the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, by a majority, affirmed the appellant's conviction. An appeal under s. 618(1) of the *Criminal Code* was then brought to this Court.

*Held* (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: In criminal cases where a trial judge has ordered witnesses to be excluded from the court-room, the rule is that if a witness nevertheless remains in court (a) he is not necessarily disqualified, although, in certain circumstances, the trial judge may exclude his evidence; (b) the weight, if any, to be given to his evidence is for the jury, or for

**Michael William Dobberthien** *Appelant*;

et

**Sa Majesté la Reine** *Intimée.*

1974: le 28 mai; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

*Droit criminel—Preuve—Ordre d'exclusion des témoins—Témoins du ministère public qui refusent d'obtempérer et à qui l'on permet de témoigner—Le juge du procès se réserve expressément la question du poids à accorder au témoignage, reçu en contrepreuve, d'un témoin seulement—S'agit-il d'une erreur de droit?—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 618 (1).*

Une déclaration de culpabilité a été prononcée contre l'appelant en première instance pour possession de stupéfiants aux fins d'en faire le trafic, contrairement au par. (2) de l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970 c. N-1. Au début du procès, un ordre d'exclusion de tous les témoins a été donné à la demande de l'avocat de l'appelant. Malgré cet ordre, un certain nombre de témoins pour le ministère public sont demeurés dans la salle d'audience pendant que la défense faisait entendre ses témoins, et ceux-là ont plus tard été appelés en contrepreuve. Bien que le juge du procès se soit expressément réservé la question du poids à accorder au témoignage d'un de ces témoins, aucune réserve similaire n'a été énoncée de façon expresse à l'égard des témoignages des autres témoins. En appel, un arrêt de la majorité de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant. Un pourvoi formé en vertu du par. (1) de l'art. 618 du *Code criminel* a alors été interjeté devant cette Cour.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Les* juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Dans les causes criminelles, lorsqu'un juge de première instance ordonne que les témoins soient exclus de la salle d'audience, la règle prévoit que si, néanmoins, un témoin reste dans la salle d'audience a) il n'est pas nécessairement inhabile à témoigner, bien qu'en certaines circonstances le juge de première instance puisse exclure

the judge, if there is no jury, to decide. Under the present circumstances, where the trial judge had expressly indicated his understanding of the rule in the case of one of the rebuttal witnesses, it should be assumed that he governed himself by the same considerations in evaluating the testimony of the other witnesses who remained in court notwithstanding the order excluding them. Accordingly, no question of substantial wrong or miscarriage of justice arose in this case.

*Per* Laskin C.J. and Spence J., *dissenting*: It was with respect to the rebuttal evidence of only one of the Crown witnesses that the trial judge mentioned the necessity to caution himself as to the weight it should be given. He regarded the evidence given by the other witnesses, upon the rebuttal, as being important, but the record indicated that he did not feel under any compulsion to consider the effect on the weight of their evidence caused by their remaining in court to hear the very evidence which they later, in their testimony, rebutted. There was error in law not in the failure to recite the caution as to these witnesses but rather in the failure to realize that a caution was required.

[*Moore v. Lambeth County Court Registrar*, [1969] 1 W.L.R. 141; *Cook v. Nethercotte* (1835), 6 Car. & P. 741, 172 E.R. 1443; *Thomas v. David* (1836), 7 Car. & P. 350, 173 E.R. 156; *Chandler v. Horne* (1842), 2 M. & Rob. 423, 174 E.R. 338; *R. v. Briggs* (1930), 22 Cr. App. R. 68; *R. v. Thompson*, [1967] Crim. L.R. 62; *Black v. Besse* (1887), 12 O.R. 522; *R. v. Carefoot* (1948), 90 C.C.C. 331, referred to.]

APPEAL from a judgment of the majority of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta[1], affirming the appellant's conviction at trial for having narcotics in his possession for the purpose of trafficking contrary to s. 4 (2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence J. dissenting.

[1] [1973] 6 W.W.R. 539, 13 C.C.C. (2d) 513.

son témoignage; b) le poids, si poids il y a, à accorder à son témoignage est une question qui doit être décidée par le jury ou, dans les procès sans jury, par le juge. Dans les circonstances présentes, où le juge de première instance a expressément indiqué sa connaissance de la règle dans le cas d'un des témoins appelés en contre-preuve, on doit présumer qu'il s'est laissé guider par les mêmes considérations en appréciant le témoignage des autres témoins qui sont demeurés dans la salle d'audience malgré l'ordonnance les excluant. Il n'y a donc en l'espèce ni tort important ni erreur judiciaire grave.

*Le* juge en chef Laskin et le juge Spence, *dissidents*: Ce n'est qu'à l'égard du témoignage fourni en contre-preuve par l'un des témoins du ministère public que le juge de première instance a souligné la nécessité de se mettre en garde quant au poids à accorder à ce témoignage. Il a considéré comme importants les témoignages fournis en contre-preuve par d'autres témoins, mais le dossier a démontré qu'il n'a pas cru qu'il avait l'obligation de s'interroger sur l'effet qu'avait sur le poids de leurs témoignages le fait qu'ils étaient demeurés dans la salle d'audience pour entendre la preuve même que plus tard, dans leur témoignage, ils ont contredite. Il y a eu une erreur de droit non pas dans l'omission d'énoncer la mise en garde quant à ces témoins mais plutôt dans l'omission de se rendre compte que se mettre en garde était de règle.

[Arrêts mentionnés: *Moore v. Lambeth County Court Registrar*, [1969] 1 W.L.R. 141; *Cook v. Nethercotte* (1835), 6 Car. & P. 741, 172 E.R. 1443; *Thomas v. David*, (1836), 7 Car. & P. 350, 173 E.R. 156; *Chandler v. Horne* (1842), 2 M. & Rob. 423, 174 E.R. 338; *R. v. Briggs* (1930), 22 Cr. App. R. 68; *R. v. Thompson*, [1967] Crim. L.R. 62; *Black v. Besse* (1887), 12 O.R. 522; *R. v. Carefoot* (1948), 90 C.C.C. 331.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la majorité de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta[1], confirmant la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en première instance pour possession de stupéfiants aux fins d'en faire le trafic, contrairement au par. (2) de l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents.

[1] [1973]6 W.W.R. 539, 13 C.C.C. (2d) 513.

*R. Sadownik*, for the appellant.

*A. A. Sarchuk, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment which are being delivered by Ritchie J. With respect, I must differ with my learned brother's conclusion. I am of the opinion that Sinclair J.A., in his dissenting reasons in the Appellate Division of the Province of Alberta, accurately cited the practice with respect to the exclusion of witnesses that ought to be followed in a criminal case, as follows:

1. The trial judge may order any witness, other than the accused, excluded from the court room. Such a direction will ordinarily apply to all witnesses whose names are listed on the indictment, to any other persons who may be called by the prosecution, and to witnesses who may be called by the accused.

2. Unless otherwise directed by the judge, such a witness must remain outside the court room until all of the evidence, including that given in rebuttal is completed.

3. If a witness nevertheless remains in court:

   (a) he is not necessarily disqualified, although, in certain circumstances, the trial judge may exclude his evidence.

   (b) the weight, if any, to be given to his evidence is for the jury, or for the judge, if there is no jury, to decide.

In my opinion, the discretion exercised by Bowen J. when he received the evidence of the various witnesses who had remained in the court room despite the order for their exclusion made at the commencement of the hearing, cannot be criticized. Bowen J. realized that when exercising his discretion to receive the evidence of such a witness he should none the less have regard for the fact that the witness had wilfully disobeyed the order of the Court by remaining in the court-room despite the order for exclusion and should consider that in weighing

*R. Sadownik*, pour l'appelant.

*A. A. Sarchuk, c.r.* pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement qui sont en voie d'être déposés par le juge Ritchie. Avec respect, je ne puis être d'accord avec la conclusion de mon savant collègue. Je suis d'avis que le juge d'appel Sinclair, dans ses motifs dissidents à la Division d'appel de la province d'Alberta, a décrit avec justesse la pratique à suivre à l'égard de l'exclusion des témoins dans les affaires criminelles, comme suit:

[TRADUCTION] 1. Le juge de première instance peut ordonner que tout témoin, autre que l'accusé, soit exclu de la salle d'audience. Une telle directive s'appliquera ordinairement à tous les témoins dont les noms sont mentionnés dans l'acte d'accusation, à toute autre personne qui peut être appelée par le ministère public, et aux témoins qui peuvent être appelés par l'accusé.

2. A moins que le juge n'en ordonne autrement, ce témoin devra demeurer en dehors de la salle d'audience tant que l'audition des témoins, y inclus ceux qui sont appelés en contre-preuve, n'aura pas été complétée.

3. Si, néanmoins, un témoin reste dans la salle d'audience:

   *a*) il n'est pas nécessairement inhabile à témoigner, bien qu'en certaines circonstances le juge de première instance puisse exclure son témoignage.

   *b*) le poids, si poids il y a, à accorder à son témoignage est une question qui doit être décidée par le jury ou, dans les procès sans jury, par le juge.

A mon avis, la discrétion exercée par le juge Bowen lorsqu'il a reçu le témoignage des différents témoins qui étaient demeurés dans la salle d'audience malgré l'ordre d'exclusion prononcé au début de l'enquête, ne peut pas être critiquée. Le juge Bowen a vu qu'en exerçant sa discrétion pour recevoir le témoignage d'un tel témoin il devait néanmoins se rappeler que le témoin avait délibérément désobéi à l'ordre du tribunal en demeurant dans la salle d'audience malgré l'ordre d'exclusion et que cela devait être pris en considération en appréciant le poids du

the evidence of the said witness. I quote the learned trial judge's comments when admitting the evidence of Sergeant John William Fitzpatrick:

I think, sir, this witness will be heard. The question of the weight of his evidence will certainly be weighed by this court.

However, Bowen J. made no similar comment as to the evidence of any of the other witnesses who had heard the order of exclusion and then had remained in the courtroom relying, perhaps, on the fact that they had not been called in chief. I would not be ready to say that such failure to mention the necessity to caution himself as to weight in each of these cases would justify an inference that the learned trial judge had failed to exercise such caution apart from certain important circumstances at the trial. I cite from the transcript as to what occurred when Detective Walter Porfon was called in the Crown's reply:

DETECTIVE WALTER PORFON, sworn, examined by Mr. Mousseau:

Q. Detective Porfon, you were present while Mr. Fallis gave his evidence?

A. Yes, I was.

Q. And—

MR. SADOWNIK: By what right does he have to be present while Fallis gave his evidence? That was one of the conditions that the witnesses be excluded as I understood—

MR. MOUSSEAU: If I may, My Lord, he was not called as a witness in these proceedings. He is now being called as a witness in rebuttal.

MR. SADOWNIK: A witness is a witness. I fail to see the distinction.

THE COURT: I think there is quite a distinction in terms of being able to use the rebuttal evidence properly, Mr. Sadownik. I will allow him to go ahead.

Detective Porfon had been listed as a Crown witness on the indictment but had not been called to give evidence as part of the Crown's

témoignage. Je cite les commentaires du savant juge de première instance lorsqu'il a accepté que le sergent John William Fitzpatrick témoigne:

[TRADUCTION] Je crois, Monsieur, que ce témoin sera entendu. La question du poids de son témoignage sera certainement prise en considération par ce tribunal.

Cependant, le juge Bowen n'a fait aucun commentaire semblable à l'égard des dépositions des autres témoins qui avaient entendu l'ordre d'exclusion et qui, forts, peut-être, du fait qu'ils n'avaient pas été convoqués comme témoins à charge ou à décharge, étaient demeurés dans la salle d'audience. Je ne serais pas prêt à dire qu'une telle omission de mentionner dans chacun de ces cas la nécessité de se mettre en garde quant au poids du témoignage justifie une conclusion que le savant juge de première instance n'a pas pris garde, si ce n'était de certaines circonstances importantes lors du procès. Je puise dans la transcription relativement à ce qui s'est produit lorsque le détective Walter Porfon a été appelé en contre-preuve par le ministère public:

[TRADUCTION] DÉTECTIVE WALTER PORFON, assermenté, interrogé par M. Mousseau:

Q. Détective Porfon, vous étiez présent lorsque M. Fallis a témoigné?

R. Oui, je l'étais.

Q. Et—

M. SADOWNIK: Quel droit avait-il d'être présent lorsque Fallis a témoigné? C'était là une des conditions que les témoins soient exclus, comme j'ai compris—

M. MOUSSEAU: Avec votre permission, votre Seigneurie, il n'a pas été convoqué comme témoin en cette cause. Il est maintenant appelé comme témoin en contre-preuve.

M. SADOWNIK: Un témoin est un témoin. Je ne réussis pas à voir la distinction.

LE TRIBUNAL: Je crois qu'il y a véritablement une distinction quant à la capacité d'utiliser une contre-preuve comme il faut, M. Sadownik. Je vais lui permettre de procéder.

Le détective Porfon avait été mentionné comme témoin à charge sur l'acte d'accusation mais il n'avait pas été cité comme témoin à

case. He was therefore in the same position as Sergeant John William Fitzpatrick as to whom the Court had made the remark which I have quoted above in reference to the weighing of his evidence. Detective Porfon's evidence in rebuttal was most critical. The accused's companion, Fallis, had sworn that it was he and not the accused who placed the prohibited drugs in the trunk of the accused's automobile. Detective Porfon testified, in rebuttal, that Fallis had told him, Detective Porfon, that the appellant himself had placed the drugs in the vehicle.

The learned trial judge was under a duty to warn himself even more strictly as to the evidence of Detective Porfon than as to the evidence of Sergeant Fitzpatrick and yet the learned trial judge was silent as to any such necessity.

Another rebuttal witness was Corporal Murray. He had given evidence upon the Crown's case and he was fully cognizant of the order excluding witnesses because part way through his testimony he noticed that another constable, Meggison, was present despite the order excluding him and pointed out this fact so that Meggison was directed personally by the judge to leave the court-room. Corporal Murray was also recalled in rebuttal and although Sinclair J.A. has come to the conclusion that he had been present during the defence evidence there was no reference to that fact during the course of the trial. I would presume that neither the learned trial judge nor the defence counsel realized that Murray had been present during that period. Corporal Murray gave very important evidence of a conversation which he had with the accused man at the preliminary hearing when the accused had asked Corporal Murray why he wanted a certificate of analysis that indicated there were some empty capsules since the capsules had all been full, and also why the accused's name appeared on the certificate of analysis. Despite a very long cross-examination during his evidence given upon the Crown's case in-chief, Corporal Murray had not referred

charge par le ministère public au procès. Il était par conséquent dans la même position que le sergent John William Fitzpatrick à l'égard de qui le tribunal a fait le commentaire précité quant au poids à donner à son témoignage. Le témoignage du détective Porfon en contre-preuve a été très décisif. Le compagnon de l'accusé, Fallis, avait juré que c'était lui et non l'accusé qui avait placé les drogues prohibées dans le coffre arrière de l'automobile de l'accusé. Or, le détective Porfon a témoigné en contre-preuve que Fallis avait dit à lui, Porfon, que l'appelant avait lui-même mis les drogues dans la voiture.

Le savant juge de première instance avait le devoir de se mettre en garde à l'égard du témoignage du détective Porfon de façon plus rigoureuse encore qu'à l'égard du témoignage du sergent Fitzpatrick et cependant le savant juge de première instance a été muet sur le sujet d'une telle nécessité.

Un autre témoin en contre-preuve a été le caporal Murray. Il avait témoigné comme témoin à charge du ministère public et il était parfaitement au courant de l'ordre ordonnant l'exclusion des témoins étant donné qu'au cours de son témoignage il avait remarqué qu'un autre constable, Meggison, était présent malgré l'ordre d'exclusion, et qu'il en avait signalé le fait de sorte que le juge avait ordonné personnellement à Meggison de se retirer de la salle d'audience. Le caporal Murray a été rappelé également en contre-preuve et bien que le juge d'appel Sinclair en soit venu à la conclusion qu'il était présent durant la preuve de la défense ce fait n'a pas été mentionné au cours du procès. Je présume que ni le savant juge de première instance ni l'avocat de la défense ne se sont rendus compte que Murray avait été présent durant cette période. Le caporal Murray a fourni un témoignage très important au sujet d'une conversation qu'il avait eue avec l'accusé lors de l'enquête préliminaire lorsque l'accusé avait demandé au caporal Murray pourquoi il voulait un certificat d'analyse qui indiquât que quelques-unes des capsules étaient vides puisque toutes les capsules étaient pleines, et pourquoi aussi le nom de l'accusé apparaissait sur le

to this important evidence which might well have been considered an admission by the accused.

The learned trial judge regarded the evidence given by these two witnesses, Detective Porfon and Corporal Murray, upon the rebuttal, as being important. He said:

If there were any doubt in my mind the rebuttal evidence has certainly overcome it, particularly the evidence of Corporal Murray who recited to the Court the statement of the accused at the time of the Preliminary Hearing, when the accused asked why on one certificate it indicated empty capsules—or at least why one certificate indicated empty capsules because they were all full.

Before placing such reliance upon the evidence of these two witnesses, Corporal Murray and Detective Porfon, the learned trial judge should have been careful to consider the effect on the weight of their evidence caused by their remaining in court to hear the very evidence which they later, in their testimony, rebutted. I am, however, of the opinion, with respect, that the learned trial judge did not feel that he was under any such compulsion and I rely upon the remarks which I have quoted above and which I repeat:

I think there is quite a distinction in terms of being able to use rebuttal evidence properly, Mr. Sadownik. I will allow him to go ahead.

I am therefore of the opinion that there was an error in law not in the failure to recite the caution as to these last-two named witnesses but rather in the failure to realize that a caution was required. For that reason, I would allow the appeal.

Sinclair J.A. in giving dissenting reasons in the Appellate Division would have quashed the conviction saying:

certificat de l'analyse. Malgré qu'il eût été contre-interrogé très longuement durant le témoignage qu'il avait donné plus tôt au cours du procès lors de l'audition des témoins à charge du ministère public, le caporal Murray n'avait pas fait mention de cet élément de preuve important qui pouvait fort bien être considéré comme un aveu de l'accusé.

Le savant juge de première instance a considéré comme importants les témoignages fournis en contre-preuve par ces deux témoins, le détective Porfon et le caporal Murray. Il a dit:

[TRADUCTION] Si il y avait quelque doute en mon esprit, la contre-preuve l'a certainement dissipé, particulièrement le témoignage du caporal Murray qui a relaté au tribunal la déclaration que l'accusé a faite lors de l'enquête préliminaire, quand l'accusé a demandé pourquoi sur l'un des certificats on mentionnait des capsules vides—ou au moins pourquoi un certificat mentionnait des capsules vides quand toutes étaient pleines.

Avant de se fonder à ce point sur les témoignages de ces deux témoins, le caporal Murray et le détective Porfon, le savant juge de première instance aurait dû prendre soin de s'interroger sur l'effet qu'avait sur le poids de leurs témoignages le fait qu'ils étaient demeurés dans la salle d'audience pour entendre la preuve même que plus tard, dans leur témoignage, ils ont contredite. Je suis, cependant, d'avis, respectueusement, que le savant juge de première instance n'a pas cru qu'il avait l'obligation de le faire et je me base sur les commentaires que j'ai cités ci-dessus et que je répète:

Je crois qu'il y a véritablement une distinction quant à la capacité d'utiliser une contre-preuve comme il faut, M. Sadownik. Je vais lui permettre de procéder.

Je suis par conséquent d'avis qu'il y a eu une erreur de droit non pas dans l'omission d'énoncer la mise en garde quant à ces deux derniers témoins mais plutôt dans l'omission de se rendre compte que se mettre en garde était de règle. Pour ce motif, j'accueillerais le pourvoi.

Le juge d'appel Sinclair, en donnant ses motifs dissidents en Division d'appel, aurait infirmé la déclaration de culpabilité:

The problem in this case is that the evidence given by the Crown witnesses in rebuttal may be material in a new trial. If such evidence were to be given its value would still be affected by the fact that it came into being, at the first trial, in conditions where its character may have been adversely affected, consciously or unconsciously, by the evidence given by the defence witnesses. For that reason, it seems to me that in the circumstances of this case it would be impossible for the accused to receive a fair trial if a new one were to be directed. Accordingly, a verdict of acquittal ought to be entered.

[TRADUCTION] La difficulté en l'espèce est que la preuve fournie par les témoins du ministère public en contre-preuve peut être essentielle dans un nouveau procès. Si cette preuve devait être présentée de nouveau, sa valeur sera encore influencée par le fait qu'elle a été révélée, au premier procès, dans des conditions qui ont pu faire en sorte que, consciemment ou inconsciemment, son caractère soit altéré par les témoignages des témoins de la défense. Pour ce motif, il me semble que dans les circonstances de l'espèce il serait impossible pour l'accusé de subir un procès équitable si un nouveau procès était ordonné. Par conséquent, un verdict d'acquittement devrait être consigné.

Surely, that comment would be applicable to any case where an Appellate Court directed a new trial. I think that the matter will have to be handled at that new trial and, therefore, I would, in allowing the appeal and quashing the conviction not enter an acquittal but rather direct a new trial.

Ce commentaire pourrait s'appliquer, on ne peut en douter, à n'importe quel cas où une cour d'appel ordonne un nouveau procès. Je crois que la question devrait être traitée à ce nouveau procès et c'est pourquoi en accueillant le pourvoi et en infirmant la déclaration de culpabilité, je me prononcerais non pas en faveur d'un acquittement mais plutôt en faveur d'un nouveau procès.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Granpré JJ. was delivered by

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the majority of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, Mr. Justice Sinclair dissenting, which affirmed the appellant's conviction at trial for having narcotics in his possession for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. It appears that no formal order was taken out embodying the conclusion reached by the majority of the Appellate Division or reciting the reasons for Mr. Justice Sinclair's dissent, but the appeal is clearly brought under s. 618(1) of the *Criminal Code* on the ground that that dissent was on a question or questions of law.

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la majorité de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta qui a confirmé, M. le juge Sinclair étant dissident, la déclaration de culpabilité qui a été prononcée contre l'appelant en première instance pour possession de stupéfiants aux fins d'en faire le trafic, contrairement au par. (2) de l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970 c. N-1. Il semble qu'aucune minute d'ordonnance, renfermant la conclusion tirée par la majorité de la Division d'appel ou énumérant les motifs de la dissidence de M. le juge Sinclair, n'ai été rédigée, mais il est clair que le pourvoi est formé en vertu du par. (1) de l'art. 618 du Code criminel, soit, sur le motif que la dissidence portait sur une question de droit.

Broadly speaking, Mr. Justice Sinclair's dissenting opinion appears to me to be limited to the proposition that, whenever a trial judge has made an order excluding all witnesses and some

De façon générale, l'opinion dissidente de M. le juge Sinclair me semble limitée à la proposition que, lorsqu'un juge de première instance a ordonné l'exclusion de tous les témoins et que

are later called who have remained in court and hear the evidence which they are called to rebut, the trial judge is required, as a matter of law, to instruct himself orally in respect of the evidence of each such witness that he will consider the weight to be given to that evidence in light of the witness having remained in court in breach of the order. In view of the narrow grounds upon which Mr. Justice Sinclair based his reasons for judgment, I do not consider it necessary to deal with the facts which the learned trial judge found to constitute proof of the offence as charged.

At the outset of the trial before Mr. Justice Bowen, counsel for the appellant moved for the exclusion of the witnesses and the learned trial judge made the following order:

All of the witnesses that are in this court room that are going to give evidence in this matter will go outside the court room and will remain there until such time as they are called. And they will not communicate with any witnesses who have given evidence and gone out of the court room.

During the course of the Crown's evidence in chief it was pointed out to the Court that one Constable Meggison, whose name appeared as a witness on the indictment, had remained in the court and he was duly excluded from the courtroom. Constable Meggison was, however, later called for the sole purpose of proving the service on the appellant of the certificates of analysis of the narcotics which had been seized. No objection was taken to this evidence at the time but he was subjected to cross-examination as to the facts by counsel for the appellant. While Mr. Justice Sinclair does not take express objection to Meggison having been called as he was, it is quite apparent that the fact of calling him after the order for exclusion is viewed at least with suspicion by counsel for the appellant.

After the evidence for the defence had been completed three witnesses were called in rebuttal. The first was Corporal Murray who had

plus tard certains témoins qui sont demeurés dans la salle d'audience et ont entendu la preuve qu'on leur demande de contredire sont appelés à témoigner, le juge de première instance doit, comme question de droit, se prescrire oralement à lui-même, à l'égard du témoignage de chacun de ces témoins, qu'il devra évaluer le poids de ce témoignage à la lumière du fait que le témoin est demeuré dans la salle d'audience contrairement à l'ordre donné. En raison du fondement étroit sur lequel M. le juge Sinclair a basé ses motifs de jugement, je ne considère pas nécessaire de traiter des faits que le savant juge de première instance a considérés comme constituant la preuve de l'infraction imputée.

Au début du procès devant M. le juge Bowen, l'avocat de l'appelant a demandé l'exclusion des témoins et le savant juge de première instance a ordonné ce qui suit:

[TRADUCTION] Tous les témoins qui sont dans cette salle d'audience et qui doivent témoigner en cette cause doivent se retirer et demeurer à l'extérieur jusqu'à ce qu'ils soient appelés. Et ils ne doivent communiquer avec aucun de ceux qui, après avoir témoigné, sortent de la salle.

Pendant que le ministère public faisait entendre ses témoins, on a signalé au tribunal à un certain moment qu'un constable nommé Meggison, dont le nom apparaissait comme témoin sur l'acte d'accusation, était demeuré dans la salle d'audience; il fut dûment exclu. Plus tard, cependant, le constable Meggison fut appelé à témoigner, à seule fin de faire la preuve de la signification à l'appelant du certificat d'analyse des stupéfiants qui avaient été saisis. Aucune objection n'a été soulevée au moment où il a témoigné, mais l'avocat de l'appelant l'a contre-interrogé sur les faits de son témoignage. M. le juge Sinclair n'en veut pas expressément au fait que Meggison ait été appelé à témoigner de la façon dont il l'a été, mais il est bien apparent que le fait que ce dernier ait été appelé après l'ordre d'exclusion est considéré au moins avec suspicion par l'avocat de l'appelant.

Après que la défense eut à son tour fait entendre ses témoins, trois témoins ont été appelés en contre-preuve. Le premier a été le

already testified in chief and of whom Mr. Justice Sinclair says:

> Although the record is not clear on this point, it seems probable that he had remained in the court room after leaving the stand, and that he was present while the appellant and Fallis testified. No objection was, however, made by counsel for the appellant.

The next Crown witness in rebuttal was Detective Porfon who had been named on the indictment and not previously examined by either side. Counsel for the appellant at once objected and the following colloquy ensued:

> MR. SADOWNIK: (for the appellant) By what right does he have to be present while Fallis gave his evidence? That was one of the conditions that the witnesses be excluded as I understood—
>
> MR. MOUSSEAU: (for the Crown) If I may, My Lord, he was not called as a witness in these proceedings. He is now being called as a witness in rebuttal.
>
> MR. SADOWNIK: A witness is a witness. I fail to see the distinction.
>
> THE COURT: I think there is quite a distinction in terms of being able to use the rebuttal evidence properly, Mr. Sadownik. I will allow him to go ahead.

The Crown then called Staff Sergeant Fitzpatrick whose name had appeared on the indictment but who had not been previously examined, although he had been present for part of the appellant's evidence and for that of the appellant's companion, Mr. Fallis. Counsel for the accused again objected and the Court made the following ruling:

> THE COURT: I think, sir, this witness will be heard. The question of the weight of his evidence will certainly be weighed by this Court.

The *ratio decidendi* of the dissenting opinion is, in my opinion, aptly summarized in the fol-

caporal Murray, qui avait témoigné à charge lorsque le ministère public avait fait entendre ses témoins; au sujet de ce témoin M. le juge Sinclair dit ceci:

> [TRADUCTION] Le dossier n'est pas clair à ce sujet, mais il semble probable qu'il est demeuré dans la salle d'audience après s'être retiré de la barre, et qu'il a été présent pendant que l'appelant et Fallis ont témoigné. Aucune objection, cependant, n'a été soulevée par l'avocat de l'appelant.

Le témoin suivant du ministère public en contre-preuve a été le détective Porfon, qui était mentionné dans l'acte d'accusation et qui n'avait pas été interrogé antérieurement par l'une ou l'autre des parties. L'avocat de l'appelant fit immédiatement objection et le dialogue suivant s'ensuivit:

> [TRADUCTION] M. SADOWNIK: (pour l'appelant) Quel droit avait-il d'être présent lorsque Fallis a témoigné? C'était là une des conditions que les témoins soient exclus, comme j'ai compris . . . .
>
> M. MOUSSEAU: (pour le ministère public) Avec votre permission, votre Seigneurie, il n'a pas été convoqué comme témoin en cette cause. Il est maintenant appelé comme témoin en contre-preuve.
>
> M. SADOWNIK: Un témoin est un témoin. Je ne réussis pas à voir la distinction.
>
> LE TRIBUNAL: Je crois qu'il y a véritablement une distinction quant à la capacité d'utiliser une contre-preuve comme il faut, M. Sadownik. Je vais lui permettre de procéder.

Le ministère public a ensuite appelé le sergent d'état-major Fitzpatrick dont le nom apparaissait à l'acte d'accusation mais qui n'avait pas été interrogé antérieurement, bien qu'il ait été présent durant une partie du témoignage de l'appelant ainsi que durant le témoignage du compagnon de l'appelant, M. Fallis. L'avocat de l'accusé a encore une fois fait objection et le tribunal a statué comme suit:

> [TRADUCTION] LE TRIBUNAL: Je crois, Monsieur, que ce témoin sera entendu. La question du poids de son témoignage sera certainement prise en considération par ce tribunal.

La *ratio decidendi* de l'opinion dissidente est, à mon avis, très bien résumée dans l'alinéa

lowing paragraph of Mr. Justice Sinclair's reasons for judgment:

As I have mentioned, in my opinion none of the Crown witnesses called in rebuttal ought to have been present while defence evidence was being given. The fact that they were undoubtedly affects the weight to be given to their testimony. It was only with respect to the rebuttal evidence given by Detective Sergeant Fitzpatrick that the learned trial judge said he would consider the weight it should be given. However, nowhere did he direct himself as to the weight to be given to the rebuttal evidence of Corporal Murray and Detective Porfon, bearing in mind that it may have been affected by their being present when the very evidence they were called to rebut was being heard. In my view, in the circumstances here, that was a wrong decision on a question of law, and the judgment should be set aside unless this Division is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

In the result Mr. Justice Sinclair would have directed that a verdict of acquittal be entered.

In the course of his reasons for judgment the learned dissenting judge examined a number of cases and appears to have given at least tacit approval to the observations of Edmund Davies L.J. in the case of *Moore v. Lambeth County Court Registrar*[2], where he said, at p. 142:

No rule of law requires in a trial that the witnesses to be called by one side must all remain out of the court until their turn to give testimony arises. This is purely a matter within the discretion of the court. Indeed, if the court rules that witnesses should be out of court and a witness nevertheless remains inside, while the judge may well express his grave displeasure over such disobedience, he has no right to refuse to hear the evidence of such a witness.

This state of the law has existed in England from the earliest times and reference can conveniently be made to the case of *Cook v.*

[2] [1969] 1 W.L.R. 141.

suivant les motifs de jugement de M. le juge Sinclair:

[TRADUCTION] Comme je l'ai mentionné, selon moi aucun des témoins du ministère public appelés à témoigner en contre-preuve n'aurait dû être présent durant la preuve de la défense. Le fait qu'ils étaient présents influence sans aucun doute le poids à attribuer à leurs témoignages. C'est seulement à l'égard du témoignage donné en contre-preuve par le sergent-détective Fitzpatrick que le savant juge de première instance a déclaré qu'il prendrait en considération le poids à lui attribuer. Cependant nulle part ne s'est-il donné de directives quant à la valeur à attribuer aux témoignages donnés en contre-preuve par le caporal Murray et le détective Porfon, gardant à l'esprit que leurs dépositions ont pu être influencées par le fait qu'ils étaient présents lorsque les témoignages mêmes qu'ils étaient appelés à contredire ont été entendus. A mon avis, dans les circonstances de l'espèce, il s'agissait là d'une décision erronée sur une question de droit, et le jugement doit être infirmé à moins que cette Division ne soit d'avis qu'il n'y a eu aucun tort important ou erreur judiciaire grave.

En conséquence M. le juge Sinclair aurait ordonné qu'un verdict d'acquittement soit consigné.

Dans le cours de ses motifs de jugement, le savant juge dissident a étudié un certain nombre d'arrêts et semble avoir donné une approbation au moins tacite aux remarques du Lord juge Edmund Davies dans l'arrêt *Moore v. Lambeth County Court Registrar*[2], où celui-ci déclare à la page 142:

[TRADUCTION] Aucune règle de droit n'exige que dans un procès les témoins appelés par une des parties doivent demeurer tous hors de la salle d'audience jusqu'à ce qu'arrive leur tour de témoigner. Ceci est une question laissée entièrement à la discrétion du tribunal. En vérité, lorsque le tribunal ordonne l'exclusion des témoins et que malgré cela un témoin demeure à l'intérieur, il n'a pas le droit de refuser d'entendre le témoignage de ce témoin, même s'il peut très bien exprimer son profond mécontentement à l'égard d'une telle désobéissance.

Cette situation juridique a existé en Angleterre depuis les temps les plus lointains et on peut commodément se référer à l'arrêt *Cook v.*

[2] [1969] 1 W.L.R. 141.

*Nethercotte*[3], which is a judgment of Baron Alderson, and *Thomas v. David*[4], in which Mr. Justice Coleridge presided at Assize in March 1836. In the former case, the headnote reads:

It is no ground for rejecting a witness's evidence, that he remained in Court after an order for all witnesses to leave the Court, it is merely a matter of observation on his evidence.

while in the latter case Coleridge J. stated the rule as follows:

The rule you refer to in in the Court of Exchequer is confined to revenue cases, in other cases, the rule there is the same as it is in the other Courts, namely, that the rejection of the evidence is entirely in the discretion of the Judge; and that being so, I think that under the particular circumstances of this case I shall be exercising sound discretion in rejecting the evidence.

The purport of Coleridge J.'s statement is made even clearer in the headnote of that case which reads:

If a witness come into Court and hear some of the evidence after the witnesses have been ordered out of Court, it is entirely in the discretion of the Judge whether he shall be examined or not; and this is so in the Exchequer as well as in other Courts, the only difference in that Court being confined to revenue cases, in which the rule is strict, that such witnesses cannot be examined.

As the learned trial judge has noted, Mr. Justice Erskine in the case of *Chandler v. Horne*[5] made the following comment on the treatment to be accorded to witnesses who had remained in court after an order for exclusion:

It used to be formerly supposed that it was in the discretion of the judge whether the witness should be examined. It is now settled and acted upon by all the judges that the judge has no right to exclude the witness; he may commit him for the contempt, but he must be examined; and it is then matter of remark on the value of his testimony that he has wilfully disobeyed the order.

[3] (1835), 6 Car. & P. 741, 172 E.R. 1443.
[4] (1836), 7 Car. & P. 350, 173 E.R. 156.
[5] (1842), 2 M. & Rob. 423, 174 E.R. 338.

*Nethercotte*[3], un jugement du baron Alderson, ainsi qu'à l'arrêt *Thomas v. David*[4], un jugement de M. le juge Coleridge prononcé lorsqu'il présidait les assises en mars 1836. Dans le premier arrêt, le sommaire se lit comme suit:

[TRADUCTION] Qu'un témoin soit demeuré dans la salle d'audience après que l'exclusion de tous les témoins eut été ordonnée, n'est pas un motif de rejeter son témoignage. Il n'y a là que matière à des commentaires sur son témoignage.

alors que dans le second arrêt le juge Coleridge énonce la règle suivante:

[TRADUCTION] La règle à laquelle vous renvoyez en Court de l'Échiquier est restreinte aux affaires d'impôt. Dans les autres affaires, la règle y est la même que devant les autres tribunaux, à savoir que le rejet du témoignage est laissé entièrement à la discrétion du juge; et cela étant je pense que dans les circonstances particulières de l'espèce présente j'exercerai une discrétion judicieuse en rejetant le témoignage.

Le sens de l'énoncé du juge Coleridge apparaît encore plus clairement dans le sommaire de cet arrêt-là:

[TRADUCTION] Si un témoin entre dans la salle d'audience et entend une partie de la preuve après que les témoins ont été exclus de la salle, le juge a entière discrétion quant à savoir si ce témoin sera entendu ou non; et ceci s'applique en Cour de l'Échiquier aussi bien que dans les autres cours, la seule différence étant que dans cette cour-là une règle stricte régit les affaires d'impôt; le témoin n'est pas entendu.

Comme le savant juge de première instance l'a fait observer, M. le juge Erskine, dans l'arrêt *Chandler v. Horne*[5], a fait le commentaire suivant sur la manière d'agir envers les témoins qui sont demeurés dans la salle d'audience après un ordre d'exclusion:

[TRADUCTION] On pensait autrefois que le juge avait discrétion pour décider si le témoin serait entendu ou non. C'est une règle maintenant établie et suivie par tous que le juge n'a pas le droit de ne pas entendre le témoin; il peut le condamner pour outrage au tribunal mais il doit l'entendre; et c'est ensuite affaire de commentaire sur la valeur de son témoignage qu'il ait désobéi volontairement à l'ordre d'exclusion.

[3] (1835), 6 Car. & P. 741, 172 E.R. 1443.
[4] (1836), 7 Car. & P. 350, 173 E.R. 156.
[5] (1842), 2 M. & Rob. 423, 174 E.R. 338.

Mr. Justice Sinclair also refers to the more recent English cases of *R. v. Briggs*[6] and *R. v. Thompson*[7] in which the well-established rule is restated, and he also had occasion to refer to the Canadian case of *Black v. Besse*[8], where Proudfoot J. said, at p. 523:

. . . I think the practice is, that the evidence of such a witness should be received, but with great care.

The Canadian case of *R. v. Carefoot*[9] was also made the subject of comment by the learned dissenting judge. In that case the magistrate presiding at trial had refused to hear a Crown witness who remained in court after an order for exclusion was made. On appeal by way of stated case LeBel J. ordering a new trial said, at p. 335:

When an order has been made for the exclusion of witnesses one side, and sometimes both sides, are unaware of all that a witness may say in the course of his testimony, and if it becomes necessary unexpectedly to call some present in the Court room in rebuttal, this person cannot be said to be included in the order for exclusion. Moreover, if witnesses remain in Court after an order has been made for their withdrawal, a Court has no right to exclude their testimony however much a witness' disobedience of the order may lessen the value of his evidence and render him liable to prosecution for contempt . . .

I think that when Mr. Justice LeBel referred to the unexpected necessity of calling some person present in the court-room in rebuttal he must be taken to have been referring to a witness who the Crown had not originally intended to call and I think his remarks are particularly apt in dealing with the case which he had before him where there appears to have been some doubt as to whether the witness had been present in the court when the exclusion order was made.

[6] (1930), 22 Cr. App. R. 68.
[7] [1967] Crim. L.R. 62.
[8] (1887), 12 O.R. 522.
[9] (1948), 90 C.C.C. 331.

M. le juge Sinclair renvoie aussi aux arrêts anglais plus récents de *R. v. Briggs*[6], et *R. v. Thompson*[7] où la règle bien établie est formulée de nouveau, et il a aussi eu l'occasion de mentionner l'arrêt canadien de *Black v. Besse*[8], où le juge Proudfoot dit, à la p. 523:

[TRADUCTION] . . . Je crois que la pratique veut que le témoignage d'un tel témoin doive être reçu, bien qu'avec grande prudence.

L'arrêt canadien de *R. v. Carefoot*[9] a aussi fait l'objet de commentaires de la part du savant juge dissident. Dans cette affaire-là, le magistrat présidant le procès avait refusé d'entendre un témoin du ministère public qui était demeuré dans la salle d'audience après un ordre d'exclusion. Lors de l'appel par voie d'exposé de la cause, le juge LeBel, en ordonnant un nouveau procès, a déclaré, page 335:

[TRADUCTION] Lorsque l'exclusion des témoins a été ordonnée, l'une des parties, et parfois les deux, ne savent pas tout ce qu'un témoin pourra dire au cours de son témoignage, et s'il devient nécessaire, de façon imprévue, de faire témoigner en contre-preuve quelqu'un qui est présent dans la salle d'audience cette personne ne peut pas être considérée comme visée par l'ordre d'exclusion. De plus, si des témoins demeurent dans la salle d'audience après qu'un ordre a été rendu en vue de leur exclusion, un tribunal n'a pas le droit de refuser qu'ils témoignent, si dommageable que puisse être leur désobéissance pour la valeur de leurs témoignages, et si passibles soient-ils de poursuites pour outrage . . .

Je crois que lorsque M. le juge LeBel mentionne la nécessité imprévue de faire entendre en contre-preuve une personne qui est présente dans la salle d'audience, on doit considérer qu'il fait allusion à un témoin que le ministère public n'avait pas l'intention de faire témoigner, et je crois que ses remarques sont particulièrement judicieuses dans le cas qu'il avait devant lui, où il apparaît qu'il existait quelque doute à savoir si le témoin était présent dans la salle d'audience lorsque l'exclusion des témoins avait été ordonnée.

[6] (1930), 22 Cr. App. R. 68.
[7] [1967] Crim. L.R. 62.
[8] (1887), 12 O.R. 522.
[9] (1948), 90 C.C.C. 331.

Mr. Justice Sinclair, in the course of giving approval to the practice followed in Alberta in criminal cases where a trial judge has ordered witnesses to be excluded from the court room, included the following rule:

> If a witness nevertheless remains in court:
>
> (a) he is not necessarily disqualified, although, in certain circumstances, the trial judge may exclude his evidence.
> (b) the weight, if any, to be given to his evidence is for the jury, or for the judge, if there is no jury, to decide.

In the present case the learned trial judge expressly reserved to himself the question of the weight to be attached to the evidence of the last Crown witness, Fitzpatrick, and it appears to me that Mr. Justice Sinclair's dissent rests upon the contention that a similar reservation should have been expressly stated in relation to the evidence of Corporal Murray and Detective Porfon. In my view, however, Mr. Justice Bowen's failure to state orally that he would reserve to himself the question of the weight to be attached to the evidence of the last-named witnesses cannot be construed as meaning that he was not giving the same consideration to their evidence as he did to that of Fitzpatrick and thus complying with the rule which Mr. Justice Sinclair himself recognizes. I am in fact of opinion that under the present circumstances, where the learned trial judge had expressly indicated his understanding of the rule in the case of Fitzpatrick, it should be assumed that he governed himself by the same considerations in evaluating the testimony of the other witnesses who had remained in court notwithstanding the order excluding them.

In light of the above, it will be seen that in my view no question of substantial wrong or miscarriage of justice can arise in this case.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

*Appeal dismissed,* LASKIN C.J. *and* SPENCE J. *dissenting.*

M. le juge Sinclair, tout en donnant son approbation à la pratique suivie dans les causes criminelles en Alberta lorsqu'un juge de première instance ordonne que les témoins soient exclus de la salle d'audience, inclut la règle suivante:

> [TRADUCTION] Si, néanmoins, un témoin reste dans la salle d'audience:
>
> a) il n'est pas nécessairement inhabile à témoigner, bien qu'en certaines circonstances le juge de première instance puisse exclure son témoignage.
> b) le poids, si poids il y a, à accorder à son témoignage est une question qui doit être décidée par le jury ou, dans les procès sans jury, par le juge.

Dans l'espèce présente, le savant juge de première instance s'est lui-même réservé la question du poids à accorder au témoignage du dernier témoin du ministère public, Fitzpatrick, et il me semble que la dissidence de M. le juge Sinclair repose sur la prétention qu'une réserve similaire aurait dû être énoncée de façon expresse à l'égard des témoignages du caporal Murray et du détective Porfon. A mon avis, cependant, le fait pour M. le juge Bowen de ne pas dire oralement qu'il se réserverait la question du poids à accorder aux témoignages de ces deux derniers témoins, ne peut pas être interprété comme signifiant qu'il ne voyait pas leurs témoignages du même œil que celui de Fitzpatrick et ainsi ne se conformait pas à la règle que M. le juge Sinclair lui-même reconnaît. Je suis en fait d'avis que dans les circonstances présentes, où le savant juge de première instance a expressément indiqué sa connaissance de la règle dans le cas de Fitzpatrick, on doit présumer qu'il s'est laissé guider par les mêmes considérations en appréciant le témoignage des autres témoins qui sont demeurés dans la salle d'audience malgré l'ordonnance les excluant.

A la lumière de ce qui précède, il n'y a en l'espèce, à mon avis, ni tort important ni erreur judiciaire grave.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

*Pourvoi rejeté, le* JUGE EN CHEF LASKIN *et le* JUGE SPENCE *étant dissidents.*

*Solicitors for the appellant: Archibald, Edwards, Wallbridge, Wheatley & Sadownik, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.*

*Procureurs de l'appelant: Archibald, Edwards, Wallbridge, Wheatley & Sadownik, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: D. S. Thorson, Ottawa.*

**Thomas Arthur Hogan** *Appellant*;

and

**Her Majesty the Queen** *Respondent.*

1973: November 22; 1974: June 12.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Criminal Law—Motor Vehicles—Breathalizer—Refusal of right to counsel—Admissibility of certificate of analysis—Criminal Code, ss. 235, 236, 237—Canadian Bill of Rights, s. 2(c)(ii).*

The car driven by the appellant had swerved over the sidewalk and was stopped by a constable who, in conversation with the appellant, noticed a strong smell of alcohol on his breath, blood shot eyes and a flushed face. He then gave him a breathaliser demand. The appellant at the police station asked to speak to his lawyer before taking the test. This request was refused and the appellant was given the alternative of either providing the breath sample forthwith or being charged with refusing to provide a breath sample. The appellant then submitted to the test which indicated a reading of 230 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood. At trial the certificate of analysis was admitted in evidence and the appellant convicted of driving with a blood alcohol level greater than 0.08 contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. The conviction was affirmed by the Appeal Division.

*Held* (Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie and Dickson JJ: The result of the breathaliser test was the only evidence on which the appellant could be convicted and therefore was proof of "the main issue before the court". Even if this evidence had been improperly or illegally obtained, there were no grounds for excluding it at common law. The certificate was both relevant and cogent and was clearly admissible at common law. Whatever view may be taken of the constitutional impact of the *Canadian Bill of Rights* it is not the case that whenever there has been a breach of one of the provisions

**Thomas Arthur Hogan** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

1973: le 22 novembre; 1974: le 12 juin.

Présents: Le juge en chef Fauteux et les juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel—Véhicules à moteur—Ivressomètre—Négation du droit à un avocat—Recevabilité du certificat d'analyse—Code criminel, art. 235, 236, 237—Déclaration canadienne des droits, art. 2 c) (ii).*

La voiture conduite par l'appelant a fait une embardée sur le trottoir et elle a été arrêtée par un constable qui, en s'entretenant avec l'appelant, a remarqué que son haleine dégageait une forte odeur d'alcool et qu'il avait les yeux injectés de sang et le visage congestionné. Le constable l'a sommé de se soumettre à l'ivressomètre. L'appelant, alors qu'il était au poste de police, a demandé à parler à son avocat avant de subir le test. Cette requête a été refusée et l'appelant a été placé dans l'alternative soit de fournir l'échantillon d'haleine tel que demandé soit d'être inculpé de refus de fournir un échantillon d'haleine. L'appelant s'est soumis au test qui a révélé un contenu de 230 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Au procès, le certificat d'analyse a été admis en preuve et l'appelant a été déclaré coupable d'avoir conduit un véhicule alors qu'il avait dans son sang une quantité d'alcool dépassant 0.08 contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*. La déclaration de culpabilité a été confirmée par la Division d'appel.

*Arrêt* (les juges Spence et Laskin étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Le* juge en chef Fauteux et les juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie et Dickson: Le résultat du test de l'ivressomètre constituait le seul élément de preuve qui pouvait permettre la condamnation de l'appelant et constituait donc la preuve de «la principale question en litige devant la Cour». Même si cette preuve avait été obtenue irrégulièrement ou illégalement, selon les règles de la *common law*, il n'y avait donc pas de motifs de l'écarter. Le certificat était à la fois pertinent et probant et il était clairement recevable selon la *common law*. Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir de la portée constitutionnelle de

of that Bill it justifies the adoption of the "absolute exclusion" rule.

*Per* Pigeon J.: Even if the *Canadian Bill of Rights* is given the same effect as a constitutional instrument, this does not mean that a rule of absolute exclusion, which is in derogation of the common law rule should govern the admissibility of evidence obtained whenever there has been a breach of one of the provisions contained in that Bill.

*Per* Spence J., *dissenting*: The certificate of the result of the test obtained after a demand made in open defiance of the *Canadian Bill of Rights* is not a legal demand and therefore not "a demand made under Section 235(1)."

*Per* Laskin J., *dissenting*: The prosecution should not be permitted to invoke the special provisions of s. 237 of the *Criminal Code* after denial of access to counsel in violation of s. 2(*c*)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*. There being no doubt as to such denial and violation, the Courts must apply a sanction. There is no practical alternative to the rule of exclusion if any serious view at all is to be taken of this breach of the *Canadian Bill of Rights*.

[*King v. The Queen*, [1969] 1 A.C. 304 applied; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926 distinguished; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Mapp v. Ohio* (1961), 367 U.S. 643; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, referred to]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division[1], dismissing an appeal against a judgment after trial *de novo* affirming a conviction for having the control of a motor vehicle while having a blood alcohol level greater than 0.08 contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Spence and Laskin JJ. dissenting.

*R. R. Duplak* and *R. L. Weldon*, for the appellant.

*G. Stewart*, for the respondent.

[1] (1972), 5 N.S.R. (2d) 73.

la *Déclaration des droits*, cela ne veut pas dire que chaque fois qu'il y a eu une violation des dispositions de cette Déclaration, elle justifie l'adoption de la règle de «l'exclusion absolue».

*Le* juge Pigeon: Même si l'on donne à la *Déclaration canadienne des droits* l'effet d'un document constitutionnel, cela ne signifie pas que, contrairement à la règle de *common law*, une preuve obtenue en violation d'une disposition de cette Déclaration doit être déclarée absolument irrecevable.

*Le* juge Spence, *dissident*: Le certificat du test d'haleine obtenu après une sommation faite au mépris flagrant des dispositions de la *Déclaration des droits* n'est pas une sommation légale et ne constitue donc pas une sommation «faite en vertu du par (1) de l'art. 235».

*Le* juge Laskin, *dissident*: On ne devrait pas permettre à la poursuite d'invoquer les dispositions spéciales de l'art. 237 du *Code criminel* après avoir refusé l'accès à un avocat en violation du sous-al. (ii) de l'al. *c*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*. Puisqu'il n'y a pas de doute qu'il y a eu un tel refus et une telle violation, les tribunaux doivent imposer une sanction. Il n'y a pas de solution de rechange pratique à la règle d'exclusion si l'on veut moindrement prendre au sérieux cette violation de la *Déclaration canadienne des droits*.

[Arrêt appliqué: *King v. The Queen*, [1969] 1 A.C. 304. Distinction faite avec l'arrêt: *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926. Arrêts mentionnés: *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Mapp v. Ohio* (1961), 367 U.S. 643; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse[1] rejetant un appel d'un jugement, à la suite d'un procès *de novo*, confirmant une déclaration de culpabilité d'avoir conduit un véhicule à moteur ayant dans le sang une quantité d'alcool dépassant 0.08 contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*. Le pourvoi est rejeté, les juges Spence et Laskin étant dissidents.

*R. R. Duplak* et *R. L. Weldon*, pour l'appelant.

*G. Stewart*, pour l'intimée.

[1] [1972], 5 N.S.R. (2d) 73.

The judgment of Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought, with leave of this Court, from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, which affirmed the judgment of Anderson Co. Ct. J., rendered after a trial *de novo* whereby he had affirmed the appellant's conviction entered in the provincial magistrate's court before M.D. Haley, a judge of that court, on an information charging that he "did unlawfully have the control of a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, contrary to s. 236 of the *Criminal Code.*

The case presented by the Crown rested on the evidence of the result of a chemical analysis of the breath of the accused made in purported compliance with s. 237 of the *Criminal Code,* the relevant subsection of which reads as follows:

> 237. (1) In any proceedings under section 234 or 236, . . .
>
> (*c*) where a sample of the breath of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), if . . .
>
> (ii) the sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time,
>
> (iii) the sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and
>
> (iv) a chemical analysis of the sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician, . . .

evidence of the result of the chemical analysis so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of the proportion of alcohol in the blood

Le jugement du juge en chef Fauteux et des juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie et Dickson a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi, autorisé par cette Cour, est à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse; l'arrêt en question a confirmé un jugement par lequel M. le juge Anderson, de la Cour de comté, confirmait lui-même, à la suite d'un procès *de novo,* une déclaration de culpabilité qu'on avait inscrite en Cour du magistrat provincial devant M. D. Haley, un juge de ladite Cour. Cette déclaration de culpabilité avait trait à une dénonciation qui accusait l'appelant d'avoir: [TRADUCTION] «illégalement eu le contrôle d'un véhicule à moteur, ayant consommé une quantité d'alcool telle que la proportion d'alcool dans son sang au moment pertinent dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*».

Toute la cause exposée par le ministère public repose sur la preuve du résultat d'une analyse chimique de l'haleine du prévenu, faite censément en conformité de l'art. 237 du *Code criminel,* dont le paragraphe pertinent se lit comme suit:

> 237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236, . . .
>
> *c*) lorsqu'un échantillon de l'haleine du prévenu a été prélevé conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), . . .
>
> (ii) si l'échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment,
>
> (iii) si l'échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé manipulé par un technicien qualifié, et
>
> (iv) si une analyse chimique de l'échantillon a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié, . . .

la preuve du résultat de l'analyse chimique ainsi faite fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu au

of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed; . . .

Having regard to the arguments presented in this appeal, I think it desirable at the outset to reproduce section 235 of the *Criminal Code* which reads as follows:

235. (1) Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 234, he may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable a sample of his breath suitable to enable an analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample to be taken.

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine of not less than fifty dollars and not more than one thousand dollars or to imprisonment for not more than six months, or both.

The evidence discloses that at about 1:30 a.m. on June 3, 1972, a constable of the Dartmouth Police Force stopped a car being driven by the appellant because he noticed that it had swerved over the sidewalk. The constable had some conversation with the appellant through the window of the car and he gave the following evidence of his actions and observations:

Q. Now tell me what observations you made of the accused, please?

A. First of all I smelled a strong smell of alcohol on the accused's breath. Secondly, I noticed the accused had bloodshot eyes and a flushed face.

Q. Did you have any opinion after making your observation as to his condition of sobriety?

A. Yes, I did.

Q. What was your opinion?

A. I . . . my own opinion he was intoxicated so I gave him a demand regarding the breathalyzer.

moment où l'infraction est alléguée avoir été commise; . . .

Vu les arguments soulevés dans ce pourvoi, je crois préférable au départ de reproduire l'art. 235 du *Code criminel* qui se lit comme suit:

235. (1) Lorsqu'un agent de la paix croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis à quelque moment au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 234, il peut, par sommation faite à cette personne sur-le-champ ou aussitôt que c'est matériellement possible, exiger que cette personne fournisse alors ou aussitôt que c'est matériellement possible par la suite, un échantillon de son haleine propre à permettre de faire une analyse en vue d'établir la proportion d'alcool dans son sang, le cas échéant, et qu'elle le suive afin de permettre le prélèvement d'un tel échantillon.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à une sommation qui lui est faite par un agent de la paix aux termes du paragraphe (1), est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, et passible d'une amende d'au moins cinq dollars et d'au plus mille dollars ou d'un emprisonnement d'au plus six mois, ou des deux peines à la fois.

La preuve révèle que vers 1 h 30 du matin, le 3 juin 1972, un constable de Dartmouth a arrêté une voiture conduite par l'appelant parce qu'il avait remarqué qu'elle avait fait une embardée sur le trottoir. Le constable s'est entretenu avec l'appelant au travers de la fenêtre de la voiture et il a donné, de ses actes et constatations, le compte rendu suivant:

[TRADUCTION] Q. Maintenant, dites-moi, s'il vous plaît, ce que vous avez observé chez l'accusé?

R. D'abord, j'ai senti une forte odeur d'alcool provenant de l'haleine de l'accusé. Deuxièmement, j'ai remarqué que l'accusé avait les yeux injectés de sang et le visage congestionné.

Q. Après avoir fait vos constatations, aviez-vous une opinion sur son état?

R. Oui j'en avais.

Q. Quelle était votre opinion?

R. Je . . . selon ma propre opinion il était en état d'ivresse, aussi je lui ai fait une sommation relative à l'ivressomètre.

Q. Now what demand did you give him?

A. I demand you accompany me to the Dartmouth Police Station to provide a sample of your breath suitable to be analyzed to determine the amount of alcohol if any in your blood.

Q. Did you tell him anything else?

A. Yes. If he refused this demand he would be charged with refusal.

Q. Now what time was it that you gave him this demand?

A. 1:35 a.m., I looked at my watch at the time.

Q. I take it it was only a matter of a few minutes before that you had seen the car?

A. Yes, it was, sir.

Q. All right, did you go directly back to the station?

A. Yes, I did.

Q. And what happened back there? Very briefly, now?

A. I turned the accused Mr. Hogan over to Constable Gary MacDonald, our qualified breathalyzer operator.

THE COURT: Apparently Mr. Hogan returned to the station with you?

A. Yes, he did.

In describing his actions after the "demand" had been made, the appellant said:

My girlfriend and I both got out of the car and we got in the back of Constable Rafuse's car and we proceeded to the Dartmouth police station. Upon arrival I asked my girlfriend to call my counsel.

No charge had been laid against the appellant at this stage and he had accordingly not been formally arrested, but he gave the following account of what transpired after his arrival at the police station:

Q. What happened then?

A. I was taken into the breathalyzer room and introduced to constable MacDonald and I was sitting waiting for the test when I heard my counsel.

Q. Maintenant quelle sommation lui avez-vous faite?

R. Je vous somme de m'accompagner au poste de police de Darthmouth afin de fournir un échantillon de votre haleine propre à faire une analyse en vue d'établir la proportion d'alcool dans votre sang.

Q. Lui avez-vous dit autre chose?

R. Oui. S'il refusait d'obtempérer à cette sommation, il serait accusé de refus.

Q. Maintenant quelle heure était-il lorsque vous lui avez fait cette sommation?

R. 1 h 35 du matin, j'ai regardé ma montre à ce moment-là.

Q. Je présume que c'était seulement quelques minutes auparavant que vous aviez vu la voiture?

R. Oui Monsieur, c'est çà.

Q. Très bien, êtes-vous revenu directement au poste de police?

R. Oui.

Q. Et que s'est-il produit là? Très brièvement, là?

R. J'ai confié l'accusé, M. Hogan, au constable Gary MacDonald, notre opérateur qualifié pour manipuler l'ivressomètre.

LE TRIBUNAL: Apparemment, M. Hogan est retourné au poste de police avec vous?

R. Oui.

En décrivant ce qui s'est passé après que la «sommation» lui a été faite, l'appelant dit:

[TRADUCTION] Mon amie et moi sommes tous deux descendus de la voiture et sommes montés à l'arrière de la voiture du constable Rafuse et nous nous sommes dirigés vers le poste de police de Dartmouth. A notre arrivée, j'ai demandé à mon amie d'appeler mon avocat.

Aucune accusation n'avait été portée contre l'appelant à ce stade et par conséquent il n'avait pas été formellement mis en état d'arrestation, mais il décrit de la façon suivante ce qui s'est passé après son arrivée au poste de police:

Q. Que s'est-il passé alors?

R. Je fus conduit dans la salle de l'ivressomètre et présenté au constable MacDonald et j'étais assis attendant de subir le test lorsque j'ai entendu mon avocat.

Q. What do you mean you heard your counsel?

A. I could hear him through the door my counsel asking if I was at the police station, my counsel was present.

Q. I see, you recognize your counsel's voice?

A. Yes, I do.

Q. You know it well?

A. Yes.

Q. So you heard his voice asking to see you, before the test was completed?

A. This was before the first test was given, yes.

Q. I see and what did you do at that point?

A. I requested to Constable MacDonald to see my counsel before taking the test and I was told that I didn't have any right to see anyone until after the test and if I refused the test I would be charged with refusal of the breathalyzer.

Q. I see, so he told you no when you asked to see your counsel?

A. That's right.

Q. Why did you want to see counsel?

A. I wanted to see counsel to see whether I had to take the test or not.

Q. And then I gather the test was given to you?

A. Yes, I took the test rather than be nailed with refusal.

Q. I see, in other words you took the alternative?

A. Yes.

Q. It was offered to you by Constable MacDonald?

A. Yes.

Q. And that alternative was offered to you in reply to your request for counsel?

A. Yes, it was.

Q. Was counsel present when your test was finished?

A. After I left the room I saw my counsel.

Q. I see and where was he?

A. Counsel was just outside the door to the breathalyzer room.

Q. Que voulez-vous dire par vous avez entendu votre avocat?

R. Je pouvais à travers la porte entendre mon avocat demander si j'étais au poste de police, mon avocat était présent.

Q. Je vois, vous avez reconnu la voix de votre avocat?

R. Oui, je l'ai reconnue.

Q. Vous la connaissez bien?

R. Oui.

Q. Ainsi vous avez entendu sa voix, lorsqu'il demandait à vous voir, avant que le test soit complété?

R. C'était avant qu'on me fasse subir le premier test, oui.

Q. Je vois, et qu'avez-vous fait à ce moment-là?

R. J'ai demandé au constable MacDonald à voir mon avocat avant de me soumettre au test et on m'a répondu que je n'avais aucun droit de voir quelqu'un avant que le test soit complété et que si je refusais de me soumettre au test, je serais inculpé de refus.

Q. Je vois, ainsi il vous a dit non lorsque vous lui avez demandé de voir votre avocat?

R. C'est exact.

Q. Pourquoi vouliez-vous voir un avocat?

R. Je voulais voir un avocat pour savoir si j'étais obligé de me soumettre au test ou non.

Q. Et alors je comprends qu'on vous a soumis au test?

R. Oui, j'ai accepté le test plutôt que d'être accusé de refus.

Q. Je vois, en d'autres mots vous avez opté pour le second parti?

R. Oui.

Q. Et vous aviez été placé dans l'alternative par le constable MacDonald?

R. Oui.

Q. Et on vous a placé dans l'alternative en réponse à votre demande de consulter un avocat?

R. Oui, c'est ça.

Q. L'avocat était-il présent lorsqu'on a terminé votre test?

R. Après être sorti de la salle, j'ai vu mon avocat.

Q. Je vois et où était-il?

R. L'avocat était à l'extérieur tout près de la porte donnant sur la salle de l'ivressomètre.

Q. At any time was he present during the test?

A. No, he wasn't.

The result of the breathalizer test was a finding of 230 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood and in the course of his cross-examination the appellant agreed that he had been drinking rum and could have had "a good pint".

It was contended on behalf of the appellant that the evidence of the result of the chemical analysis of his breath taken by Constable MacDonald, who was a qualified technician was inadmissible because it was obtained in violation of s. 2.(*c*)(ii) of the *Canadian Bill of Rights* which provides, in part, that:

. . . no law of Canada shall be construed or applied so as to . . .

(*c*) deprive a person who has been arrested or detained . . .

(ii) of the right to retain and instruct counsel without delay . . .

Counsel for the appellant relied on the case of *Brownridge v. The Queen*[2], in support of his contention that the evidence of the result of the breathalizer test should have been excluded.

In the *Brownridge* case it was held that the denial of the right to retain and instruct counsel without delay to an accused person who was under arrest, afforded that person "reasonable excuse" for refusing to comply with the demand made pursuant to s. 223(2) (now 235(2)), *supra*. In considering whether the *Brownridge* case can be said to govern the circumstances disclosed in the present case, it is to be remembered that Brownridge had refused to comply with a demand made under the purported authority of s. 235(1), and the only question to be determined was whether his having been denied the right to retain and instruct counsel constituted a "reasonable excuse" for such refusal. As Mr. Justice Laskin (as he then was) said in that case, at p. 954:

[2] [1972] S.C.R. 926.

Q. A-t-il, en aucun temps durant le test, été présent?

R. Non il ne l'a pas été.

Le test de l'ivressomètre a révélé un contenu de 230 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang et lors du contre-interrogatoire, l'appelant a reconnu qu'il avait bu du rhum et qu'il pouvait en avoir bu «une bonne chopine».

On a prétendu au nom de l'appelant que la preuve du résultat de l'analyse chimique de son haleine effectuée par le constable MacDonald, qui était un technicien qualifié, était irrecevable parce qu'elle avait été obtenue en violation du sous-al. (ii) et de l'al. *c*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* qui prévoit, entre autres choses, que:

. . . nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

*c*) privant une personne arrêtée ou détenue . . .

(ii) du droit de retenir et constituer un avocat sans délai . . .

L'avocat de l'appelant s'est appuyé sur l'arrêt *Brownridge c. La Reine*[2], pour étayer sa prétention que la preuve du résultat du test de l'ivressomètre aurait dû être écartée.

Dans l'affaire *Brownridge*, il a été décidé que la négation à une personne en état d'arrestation du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, donnait à cette personne une «excuse raisonnable» de refuser d'obtempérer à une sommation qui lui avait été faite conformément au par. (2) de l'art. 223 (maintenant le par. (2) de l'art. 235), précité. En examinant si l'affaire *Brownridge* peut s'appliquer dans les circonstances dévoilées en l'espèce, on doit se rappeler que Brownridge avait refusé d'obtempérer à une sommation faite en vertu de l'autorité censément conférée par le par. (1) de l'art. 235, et que la seule question à décider était de savoir si la négation qui lui avait été faite du droit de retenir et constituer un avocat constituait «une excuse raisonnable» justifiant un tel refus.

[2] [1972] R.C.S. 926.

This is not a case where the infringement of the *Canadian Bill of Rights* renders a federal enactment inoperative. *Regina v. Drybones* was a case where the particular federal enactment could have no operation at all in the face of the *Canadian Bill of Rights*. The present case does not present such a blunt face; its facts show that s. 223 can operate with due obedience to the *Canadian Bill of Rights*. Hence, all that is required is that in the invocation of or exercise of the powers under s. 223 allowance be made for the exercise of the overriding right given by s. 2(*c*) (ii) of the *Canadian Bill of Rights*.

In my view, the result of the failure of the police officer who demanded the breath sample to make that allowance vitiated the conviction in this case. This follows not on any theory that violation of the *Canadian Bill of Rights* carried this consequence in every criminal case, but because the violation in this case was the very basis upon which the accused was charged with an offence under s. 223(2). In short, the refusal of the accused to give the breath sample until he had an opportunity to consult a lawyer, a position that he was entitled to take on the facts herein and on the application of s. 2(*c*) (ii) of the *Canadian Bill of Rights* to those facts, was the foundation of the charge and conviction for refusing to give a breath sample when so requested.

In the *Brownridge* case it was the denial of his right to "retain and instruct counsel without delay" which caused the accused to refuse to comply with the demand to provide a sample of his breath for analysis, whereas in the present case the appellant complied with the demand, albeit reluctantly, and there is no causal connection between the denial of the right to counsel and the obtaining of the certificate of the breathalizer test which led to his conviction.

In my opinion the excerpts from the evidence which I have reproduced above clearly indicate that the initial demand to provide a sample of the breath for analysis was legally made by the constable on the highway in accordance with s.

Comme M. le Juge Laskin (alors juge puîné) le dit dans cet arrêt, à la p. 954:

Il ne s'agit pas ici d'un cas où la transgression de la *Déclaration canadienne des droits* rend inopérante une disposition législative fédérale. La disposition législative fédérale en jeu dans l'affaire *Regina c. Drybones* ne pouvait absolument pas s'appliquer étant donné la *Déclaration canadienne des droits*. La présente affaire n'a pas un caractère aussi simple; les faits qui y sont en jeu montrent que l'art. 223 peut s'appliquer tout en respectant la *Déclaration canadienne des droits*. Par conséquent, il suffit qu'en invoquant ou en exerçant les pouvoirs conférés à l'art. 223, on permette l'exercice du droit prépondérant accordé à l'art. 2(*c*)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*.

A mon avis, le fait que l'agent de police qui a sommé l'accusé de fournir un échantillon d'haleine n'a pas permis l'exercice de ce droit a pour effet de vicier la déclaration de culpabilité en l'espèce. C'est là un résultat qui découle non pas de quelque théorie que la violation de la *Déclaration canadienne des droits* emporte cette conséquence dans chaque affaire criminelle, mais du fait qu'en l'espèce, la violation constitue la raison même pour laquelle l'accusé a été inculpé de l'infraction prévue à l'art. 223(2). Bref, le refus de l'accusé de fournir un échantillon d'haleine jusqu'à ce qu'il ait la possibilité de consulter un avocat, position qu'il pouvait légitimement prendre eu égard aux faits de la présente cause et eu égard à l'application à ces faits de l'art. 2(*c*)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*, constitue le fondement de l'accusation portée pour refus de fournir un échantillon d'haleine lorsqu'on le lui a demandé et de la déclaration de culpabilité prononcée à cet égard.

Dans l'affaire *Brownridge* c'est parce qu'on lui avait dénié le droit «de retenir et constituer un avocat sans délai» que l'accusé avait refusé de fournir un échantillon de son haleine en vue d'une analyse, alors que dans l'espèce présente l'appelant a obéi, quoique de mauvaise grâce, à la sommation et il n'y a pas de lien causal entre la négation du droit à un avocat et l'obtention du certificat de test d'ivressomètre qui a entraîné sa condamnation.

A mon avis, les extraits ci-dessus reproduits tirés des témoignages indiquent clairement que la sommation originaire faite par le policier sur la route, de fournir un échantillon d'haleine en vue d'une analyse, a été faite légalement et

235(1) at a time when the appellant was neither "arrested" nor "detained" and he appears to me to have complied with that demand without hesitation at least to the extent of agreeing "to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample to be taken." There was no request for counsel at this stage, and it was only after he had reached the police station and was sitting waiting for the test that he heard the voice of the lawyer whom he had retained through the agency of his girlfriend and requested to see him in order to find out whether he had to take the test or not. It was then that Constable MacDonald told him that he "didn't have any right to see anyone until after the test and if I refused the test I would be charged with refusal of the breathalizer". The appellant then took the test.

I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by the present Chief Justice and I agree with him that the fact that the appellant could have refused the breathalizer test unless he first consulted counsel does not mean that the breath test evidence was procured by illegal means or trickery and I agree with him also that the common law rule of admissibility of illegally or improperly obtained evidence rests primarily on the relevancy of that evidence subject only to the discretion of the trial judge to exclude it on the ground of unfairness as that word was interpreted in this Court in *The Queen v. Wray*[3].

The result of the breathalizer test in the present case was not only relevant, it was in fact of itself the only evidence upon which the appellant could have been convicted of the offence of which he was charged and it therefore constitutes proof of "the main issue before the court". Even if this evidence had been improperly or illegally obtained, there were therefore no grounds for excluding it at common law. In the case of an accused who the

[3] [1971] S.C.R. 272.

conformément aux exigences du par. (1) de l'art. 235, à un moment où l'appelant n'était ni «arrêté» ni «détenu», et il me semble qu'il ait obéi à cette sommation sans trop d'hésitation, au moins au point d'accepter «de suivre l'agent de la paix afin de permettre le prélèvement d'un tel échantillon». Aucune demande pour un avocat n'a été faite alors et c'est seulement après être arrivé au poste de police, pendant qu'il attendait de subir le test, qu'il a entendu la voix de l'avocat dont il avait retenu les services par l'intermédiaire de son amie, et qu'il a demandé à le voir afin de savoir s'il était obligé ou non de se soumettre au test. C'est alors que le constable MacDonald lui a dit que «je n'avais aucun droit de voir quelqu'un avant que le test soit complété et que si je refusais de me soumettre au test, je serais inculpé de refus». L'appelant s'est alors soumis au test.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement prêts à être déposés du Juge en chef actuel et je suis d'accord avec lui que le fait que l'appelant aurait pu refuser de se soumettre au test de l'ivressomètre à moins d'être admis à consulter d'abord un avocat, ne signifie pas que la preuve du test de l'haleine a été obtenue par des moyens illégaux ou par supercherie, et je suis également d'accord avec lui que la règle de la *Common Law* qui admet la recevabilité d'une preuve obtenue illégalement ou irrégulièrement repose avant tout sur la pertinence de cette preuve sous réserve seulement du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de l'écarter pour le motif que l'accepter serait inéquitable au sens que cette Cour a donné à ce mot dans l'arrêt *La Reine c. Wray*[3].

Le résultat du test de l'ivressomètre, en l'espèce présente, n'était pas seulement pertinent, il constituait en fait le seul élément de preuve qui pouvait permettre la condamnation de l'appelant pour l'infraction dont il était inculpé et par conséquent, il constitue la preuve de [TRADUCTION] «la principale question en litige devant la cour». Même si cette preuve avait été obtenue irrégulièrement ou illégalement, il n'y avait pas, par conséquent, selon les règles de la *«Common*

[3] [1971] R.C.S. 272.

police considered to be intoxicated before the test was taken and who himself agreed that he could have had "a good pint of rum", it can hardly be characterized as unfair to accept evidence in proof of the exact quantity of alcohol that he had absorbed into his blood stream. Apart from the result of the test constituting proof of an offence under s. 236, it also afforded confirmation of the diagnosis made by the police officer and served to corroborate the appellant's own estimate of the amount of rum which he had consumed.

As the technician's certificate was both relevant and cogent it was, in my opinion, clearly admissible at common law and the courts at first instance and on appeal were correct in accepting it in accordance with the rules of evidence governing the trial of criminal cases as they presently exist in this country.

Laskin C.J., however, characterizes the *Canadian Bill of Rights* as a "quasi constitutional instrument" by which I take him to mean that its provisions are to be construed and applied as if they were constitutional provisions, and in so doing he would adopt as a matter of policy for Canada, apart from and at variance with the common law position, the rule of absolute exclusion of all evidence obtained under circumstances where one of the provisions of the *Canadian Bill of Rights* has been violated. This approach stems from an acceptance of the reasoning of the Supreme Court of the United States in such cases as *Mapp v. Ohio*[4], where that rule was accepted in relation to evidence obtained after the violation of a right guaranteed by the American Constitution. These American cases, however, turn on the interpretation of a Constitution basically different from our own and particularly on the effect to be given to the "due process of law" provision of the 14th Amendment of that Constitution for which I am unable to find any counterpart in the *British Law»*, de motifs de l'écarter. Dans le cas d'un accusé que les policiers ont jugé être en état d'ébriété avant qu'il ne soit soumis au test et qui a lui-même reconnu qu'il pouvait avoir bu «une bonne chopine de rhum», on peut difficilement considérer inéquitable l'acceptation d'une preuve déterminant la quantité exacte d'alcool que son système sanguin avait absorbée. Le résultat du test, en plus de constituer la preuve d'une infraction en vertu de l'art. 236, apportait également une confirmation au diagnostic fait par l'agent de police et corroborait l'estimation qu'avait faite l'appelant lui-même de la quantité de rhum qu'il avait bue.

Le certificat du technicien étant à la fois pertinent et probant, il était, à mon avis, clairement recevable selon la *Common Law* et c'est à bon droit que les tribunaux de première instance et d'appel l'ont accepté conformément aux règles de preuve régissant l'instruction des causes criminelles, telles qu'elles existent actuellement en ce pays.

Cependant, M. le juge en chef Laskin donne à la *Déclaration canadienne des droits* le caractère d'un «document quasi constitutionnel», voulant signifier par là, de la façon dont je l'interprète, que ses dispositions doivent être interprétées et appliquées comme si elles étaient des dispositions constitutionnelles, et ce faisant il adopterait comme ligne de conduite pour le Canada, indépendamment de la position de la *«Common Law»* et par dérogation à elle, la règle de l'exclusion absolue de toute preuve obtenue dans les circonstances où l'une des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* a été enfreinte. Cette approche part d'une acceptation du raisonnement suivi par la Cour suprême des États-Unis dans des arrêts tels que *Mapp v. Ohio*[4], où cette règle a été retenue à l'égard d'une preuve obtenue à la suite d'une violation d'un droit garanti par la Constitution américaine. Ces arrêts américains, cependant, reposent sur l'interprétation d'une constitution essentiellement différente de la nôtre et particulièrement sur la portée à donner à la disposition

[4] (1961), 367 U.S. 643.

[4] (1961), 367 U.S. 643.

*North America Act*, which is the source of the legislative authority of the Parliament of Canada and is characterized in the *British North America Act* (No. 2) 1949 (13 Geo. VI Ch. 81) as "the Constitution of Canada".

The case of *The Queen v. Drybones*,[5] is authority for the proposition that any law of Canada which abrogates, abridges or infringes any of the rights guaranteed by the *Canadian Bill of Rights* should be declared inoperative and to this extent it accorded a degree of paramountcy to the provisions of that statute, but whatever view may be taken of the constitutional impact of the *Bill of Rights*, and with all respect for those who may have a different opinion, I cannot agree that, wherever there has been a breach of one of the provisions of that Bill, it justifies the adoption of the rule of "absolute exclusion" on the American model which is in derogation of the common law rule long accepted in this country.

I am, on the other hand, in agreement with the reasoning expressed by Lord Hodson in *King v. The Queen*[6], where the Privy Council had to consider the effect of the search and seizure provisions of the Jamaican Constitution on the judge's discretion respecting the exclusion of evidence obtained pursuant to such a search and seizure.

The provisions of the Jamaica (Constitution) Order in Council, 1962, Schedule 2, section 19 read as follows:

(1) Except with his own consent, no person shall be subjected to the search of his person or his property or the entry by others on his premises.

(2) Nothing contained in or done under the authority of any law shall be held to be inconsistent with or

[5] [1970] S.C.R. 282.
[6] [1969] 1 A.C. 304.

relative au «*due process of law*», énoncée dans le 14e amendement à la constitution, disposition dont je n'ai pu trouver d'équivalent dans *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*, lequel est la source de l'autorité législative du Parlement du Canada et est dépeint, par *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* (No. 2) 1949 (13 Geo. VI c. 81), comme étant «la constitution du Canada».

L'arrêt *La Reine c. Drybones*[5], sert d'autorité à la proposition que toute loi du Canada qui supprime, restreint ou enfreint un des droits garantis par la *Déclaration canadienne des droits* doit être déclarée inopérante et dans cette mesure il a accordé une certaine prépondérance aux dispositions de cette loi-là, mais quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir de la portée constitutionnelle de la *Déclaration des droits*, et avec tout le respect pour ceux qui pensent différemment, je ne puis souscrire à l'avis que, chaque fois qu'il y a eu une violation des dispositions de cette *Déclaration*, elle justifie l'adoption de la règle de «l'exclusion absolue» qui a cours aux États-Unis et qui déroge à la règle de *common law* acceptée depuis longtemps en notre pays.

Je suis, d'autre part, d'accord avec le raisonnement exprimé par Lord Hodson dans l'arrêt *King v. the Queen*[6], où le Conseil privé a eu à étudier l'effet qu'ont les dispositions de la constitution jamaïquaine relatives à la perquisition et à la saisie sur le pouvoir discrétionnaire des juges à l'égard de l'exclusion d'une preuve obtenue par perquisition et saisie.

L'article 19 de l'Annexe 2 du décret constitutionnel relatif à la Jamaïque, 1962, se lit comme suit:

[TRADUCTION] (1) A moins qu'il n'y consente nul ne peut être assujetti à une fouille sur sa personne ou à une perquisition, ou à l'intrusion de tiers sur sa propriété.

(2) Rien qui est contenu dans une loi ou fait en vertu d'une loi ne sera considéré comme s'opposant

[5] [1970] R.C.S. 282.
[6] [1969] 1 A.C. 304.

in contravention of this section to the extent that the law in question make provision which is reasonably required . . . for the purpose of preventing or detecting crime . . .

In the *King* case the appellant had been found to be in possession of dangerous drugs after a search and seizure contrary to the provisions of the Constitution, but in concluding that the trial judge had acted properly in failing to exclude this evidence, Lord Hodson said:

This constitutional right may or may not be enshrined in a written constitution, but it seems to their Lordships that it matters not whether it depends on such enshrinement or simply upon the common law as it would do in this country. In either event the discretion of the court must be exercised and has not been taken away by the declaration of the right in written form.

It follows from all the above that I am of opinion that the evidence of the result of the breathalizer test in the present case was properly admitted in evidence and I would accordingly dismiss this appeal.

PIGEON J.—I agree with Ritchie J. that this appeal should be dismissed on the basis that, even if the *Canadian Bill of Rights* is given the same effect as a constitutional instrument, this does not mean that a rule of absolute exclusion, which is in derogation of the common law rule, should govern the admissibility of evidence obtained wherever there has been a breach of one of the provisions contained in that *Bill*.

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity to read the reasons for judgment written by my brother Laskin. I agree with his conclusion and with the reasons for that conclusion. I am also of the opinion that the appeal could also be allowed upon the basis that the word "demand" in s. 237(1)(*c*) and (*f*) of the *Criminal Code* must be interpreted to mean a lawful demand and that a demand which was made in open defiance of the provisions of the *Bill of Rights* could not be a lawful demand. Therefore, the certificate of the result of the test obtained

ou dérogeant au présent article, dans la mesure où la loi prévoit des mesures qui s'imposent raisonnablement . . . aux fins de la prévention ou de la détection du crime . . .

Dans l'affaire *King*, l'appelant avait été trouvé en possession de drogues d'une nature dangereuse après une perquisition et une saisie effectuées contrairement aux dispositions de la constitution, mais en concluant que le juge de première instance avait eu raison de ne pas exclure cette preuve, Lord Hodson a dit:

[TRADUCTION] Ce droit constitutionnel peut être consacré dans une constitution écrite ou peut ne pas l'être, mais il semble à leurs Seigneuries qu'il n'importe point qu'il dépende d'une semblable consécration ou simplement de la «*Common Law*» comme ce serait le cas en notre pays. Dans un cas comme dans l'autre, le pouvoir discrétionnaire du tribunal doit être exercé et n'a pas été retiré par la déclaration écrite du droit.

Il s'ensuit de tout ce qui précède que je suis d'avis que la preuve du résultat du test de l'ivressomètre a été, en l'espèce, admise en preuve à bon droit, et par conséquent je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

LE JUGE PIGEON—Je suis d'accord avec M. le juge Ritchie que ce pourvoi doit être rejeté pour le motif que, même si l'on donne à la *Déclaration canadienne des droits* l'effet d'un document constitutionnel, cela ne signifie pas que, contrairement à la règle de la *Common law*, une preuve obtenue en violation d'une disposition de cette *Déclaration* doit être considérée absolument irrecevable.

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge en chef Laskin. Je souscris à sa conclusion ainsi qu'aux raisons qui la motivent. Je suis aussi d'avis que le pourvoi pourrait être accueilli suivant le principe que le mot «sommation» aux al. *c*) et *f*) du par. (1) de l'art. 237 du *Code criminel* doit être interprété comme désignant une sommation légale et qu'une sommation qui est faite au mépris flagrant des dispositions de la *Déclaration des Droits* ne pourrait constituer une sommation légale. Par

after such unlawful demand is not one made admissible by the provisions of s. 237.

I, therefore, would allow the appeal.

LASKIN J. (*dissenting*)—The issue in this appeal may be formulated as follows. What is the effect of a denial by a police officer of a right to counsel under s. 2(*c*)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*, 1960 (Can.), c. 44 upon the admissibility of subsequently obtained breathalizer evidence by which the appellant accused may be convicted of an offence under *Criminal Code* s. 236? Under s. 2(*c*)(ii), no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive a person, who has been arrested or detained, of the right to retain and instruct counsel without delay. The offence under s. 236 is driving or having care or control of a motor vehicle while having a reading of alcohol in the blood exceeding 0.08.

In *Brownridge v. The Queen*[7], this Court decided that an arrested person who refused to submit to a breath test when he was denied an opportunity to consult counsel before taking the test could not be found guilty of an offence under what is now *Criminal Code* s. 235(2). That provision, so far as material, makes it an offence for a person without reasonable excuse to fail or refuse to comply with a demand by a peace officer under s. 235(1) to take a breath test. The case now in appeal to this Court involves an accused who, similarly, was denied an opportunity to consult counsel before submitting to a demand that he take a breath test but who, unlike Brownridge, did not continue to insist that he must first consult his counsel. He yielded to the demand and took the test. His conviction under s. 236 was founded upon the evidence of the breathalizer technician obtained

[7] [1972] S.C.R. 926.

conséquent, le certificat du résultat de test d'haleine obtenu après semblable sommation illégale n'est pas un certificat que les dispositions de l'art. 237 rendent recevable.

J'accueillerais, par conséquent, le pourvoi.

LE JUGE LASKIN (*dissident*)—La question en litige dans ce pourvoi peut s'énoncer de la façon suivante. Quel est l'effet du refus d'un agent de police de permettre l'exercice du droit de consulter un avocat prévu au sous-al. (ii) de l'al. *c*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, 1960 (Can.), c. 44, sur la recevabilité de la preuve obtenue par la suite au moyen du test de l'ivressomètre, preuve qui peut amener la condamnation de l'appelant inculpé d'une infraction visée par l'art. 236 du *Code criminel*? En vertu du sous-al. (ii) de l'al. *c*) de l'art. 2, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ou s'appliquer de manière à priver une personne arrêtée ou détenue du droit de retenir et constituer un avocat sans délai. L'infraction visée par l'art. 236 est de conduire un véhicule à moteur ou en avoir la garde ou le contrôle pendant qu'on a dans le sang une quantité d'alcool dépassant 0.08.

Dans l'arrêt *Brownridge c. La Reine*[7], cette Cour a décidé qu'une personne en état d'arrestation qui refusait de se soumettre au test de l'haleine, alors qu'on lui avait refusé la possibilité de consulter un avocat avant de se soumettre au test, ne pouvait pas être trouvée coupable d'une infraction visée par ce qui est maintenant le par. (2) de l'art. 235 du *Code criminel*. Cette disposition, dans la mesure où elle est pertinente, rend coupable d'une infraction une personne qui, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à une sommation de se soumettre au test de l'ivressomètre qui lui est faite par un agent de la paix aux termes du par. (1) de l'art. 235. Le pourvoi maintenant devant cette Cour implique un prévenu qui, de façon similaire, s'est vu refuser la possibilité de consulter un avocat avant qu'il ne consente à une sommation de se soumettre au test de l'haleine,

[7] [1972] R.C.S. 926.

in accordance with *Criminal Code* s. 237. It was conceded that without this evidence, obtained following denial of the accused's request to see his counsel (who was then in the police station to attend upon the accused), the conviction cannot stand.

It is common both to *Brownridge* and to the present case that access to counsel was not for the purpose nor would it have had the effect of delaying the taking of the breath sample beyond the two hour period specified in s. 237(1)(*c*)(ii). In this case, the accused was confronted by a police officer at about 1.35 a.m. and then asked to go to the police station, and they arrived there at 1.55 a.m., whereupon steps were taken to administer a breath test. The accused had asked his female companion to get in touch with his lawyer, and the latter had come immediately to the police station and the accused heard his voice in an adjoining room. The record is clear that he asked to see and consult with the lawyer but was categorically refused an opportunity to do so. The demand that he submit to a breath test was renewed and the accused submitted to it.

It is not disputed that the peace officer who conducted the accused to the police station had at the time reasonable and probable cause, within s. 235(1), to make the demand that the accused take a breath test and accompany the peace officer for that purpose. There is no doubt, therefore, that the accused was "detained" within the meaning of s. 2(*c*)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*; he risked prosecution under s. 235(2) if, without reasonable excuse, he refused the demand which involved accompanying the peace officer to fulfil it.

mais qui, contrairement à *Brownridge,* n'a pas persisté dans sa demande qu'il devait d'abord consulter son avocat. Il s'est rendu à la sommation et il s'est soumis au test. Sa condamnation en vertu de l'art. 236 est basée sur la preuve obtenue conformément à l'art. 237 du *Code criminel* par le technicien de l'ivressomètre. Il a été reconnu que sans cette preuve, obtenue à la suite du refus d'accéder à la demande de l'accusé de voir son avocat (qui était alors au poste de police pour lui fournir ses services), la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue.

C'est un trait commun de l'affaire *Brownridge* et de la présente espèce que la consultation d'un avocat n'avait pas pour but et n'aurait pas eu pour conséquence de retarder le prélèvement de l'échantillon de l'haleine au-delà de la période de deux heures mentionnée au sous-al. (ii) de l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 237. En l'espèce présente, l'accusé a été interpelé par un agent de la paix à environ 1 h 35 du matin et celui-ci lui a demandé de l'accompagner à la station de police où ils sont arrivés à 1 h 55. On s'employa alors à faire le nécessaire pour qu'il puisse subir le test de l'ivressomètre. L'accusé ayant demandé à son amie de communiquer avec son avocat, et ce dernier s'étant immédiatement rendu au poste de police, l'accusé a entendu la voix de son avocat provenant d'une pièce adjacente. Le dossier indique clairement qu'il a demandé à voir l'avocat mais qu'on lui a catégoriquement refusé la possibilité de le faire. La sommation de se soumettre au test de l'haleine a été renouvelée et l'accusé s'y est conformé.

Il n'est pas contesté que l'agent de la paix qui a conduit l'accusé au poste de police avait alors des motifs raisonnables et probables, conformément au par. (1) de l'art. 235, de faire à l'accusé la sommation de se soumettre au test de l'ivressomètre et de lui demander de l'accompagner à cette fin. Il n'y a pas de doute, par conséquent, que l'accusé était «détenu» au sens du sous-al. (ii) de l'al. *c*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits;* il était passible de poursuites en vertu du par. (2) de l'art. 235 si, sans excuse raisonnable, il refusait d'obtempérer à la sommation, qui impliquait l'obligation d'accompagner l'agent de la paix pour s'y soumettre.

Counsel for the appellant urged that the demand must be a lawful one, and contended that it could not be when it was supported by an unlawful denial of right to counsel. In my opinion, what is involved in this submission, if it is not to be treated as an effort to invalidate retroactively a demand that was properly made in the first place, is an allegation that the demand, being a continuing one to the time when the breathalizer test is given, may justifiably be resisted at the point where the right to consult counsel is denied before the test is taken. This, however, is the *Brownridge* case, and turns on whether a charge under s. 235(2) will succeed. In the present case, the issue goes a little deeper, and the question is not the lawfulness of a resistance to the continuing demand but whether, failing resistance, an accused, who has wrongfully been denied counsel before taking the test, may successfully contest the admissibility of the breathalizer evidence which, taken under the special provisions for its use prescribed by s. 237, is tendered in support of a charge under s. 236.

In my opinion, the accused appellant is entitled to succeed in this contention. I do not find it necessary to gloss the word "demand" in s. 237(1)(*c*) and (*f*) to mean "lawful demand", consonant with the *Canadian Bill of Rights*, in order to qualify the breathalizer evidence as receivable, with all the statutory advantages for its reception provided by s. 237. Strictly speaking, if the demand is made in conformity with s. 235(1) this satisfies s. 237(1)(*c*) and (*f*). The more relevant consideration is the relationship between the *Canadian Bill of Rights* and the resort to special statutory methods of proof where there is previous denial to an accused of a related guarantee of the *Canadian Bill of Rights*. In this connection, I point out that there

L'avocat de l'appelant a fait valoir que la sommation doit être légale et il a prétendu qu'elle ne pouvait l'être lorsqu'elle s'accompagne d'un refus illégal du droit de consulter un avocat. A mon avis, cette prétention, si elle ne doit pas être considérée comme une tentative de rendre rétroactivement non valide une sommation qui avait été régulièrement faite en premier lieu, est une allégation que la sommation, se continuant jusqu'au moment où le test de l'ivressomètre est donné, peut, avec justification, faire l'objet d'une résistance au moment où le droit de consulter un avocat avant de se soumettre au test est refusé. C'est cependant ce que nous retrouvons dans l'affaire *Brownridge*, et pour y répondre toute la question est de savoir si une inculpation en vertu du par. (2) de l'art. 235 serait maintenue. En l'espèce, la question en litige va un peu plus loin et il ne s'agit pas de statuer sur la légalité d'une résistance à une sommation continue, mais de décider si un accusé qui n'a pas résisté et à qui on avait à tort refusé le droit de consulter un avocat avant de subir le test, peut contester avec succès la recevabilité de la preuve par ivressomètre qui, prise sous le régime des dispositions particulières quant à son utilisation qui sont prescrites par l'art. 237, est présentée à l'appui d'une inculpation visée par l'art. 236.

A mon avis, l'accusé appelant a le droit d'avoir gain de cause dans cette prétention. Je ne considère pas qu'il soit nécessaire d'épiloguer à savoir si le mot «sommation» des al. *c*) et *f*) du par. (1) de l'art. 237 a le sens de «sommation légale», en harmonie avec la *Déclaration canadienne des droits*, pour qualifier la preuve par ivressomètre de recevable, avec tous les avantages que confère la loi à l'art. 237 pour sa réception. Strictement parlant, si une sommation est faite conformément au par. (1) de l'art. 235, cela satisfait aux exigences des al. *c*) et *f*) du par. (1) de l'art. 237. Ce qui importe davantage c'est la relation entre la *Déclaration canadienne des droits* et le recours à des méthodes de preuve spéciales prévues par la loi lorsqu'il y

was in the present case no incompatibility between recognition of the particular guarantee of access to counsel and resort to the special mode of proof; and it was clearly the right of the accused to have access to counsel before the authorities proceeded to administer the breathalizer test.

The question that arises, therefore, is whether the vindication of this right should depend only on the fortitude or resoluteness of an accused so as to give rise to a *Brownridge* situation, or whether there is not also an available sanction of a ruling of inadmissibility where the police authorities are able to overcome an accused's resistance to a breathalizer test without prior access to counsel. Nothing short of this would give reasonable assurance of respect of an individual's right to counsel by police authorities whose duty to enforce the law goes hand in hand with a duty to obey it.

There is no suggestion here of any physical force in the ultimate submission of the accused without having had his right to counsel recognized, but I do not think that any distinction should be drawn in the establishment of principle according to whether an accused yields through fear or a feeling of helplessness or as a result of polite or firm importuning or aggressive badgering. I should note also that there was no contention of waiver by the accused of his right to counsel, assuming that would be an answer to an alleged breach of any of his rights as an individual under the *Canadian Bill of Rights*.

The present case does not involve this Court in any reassessment of the principles underlying the admissibility of illegally obtained evidence as they developed at common law. We have a statutory policy to administer, one which this Court has properly recognized as giving primacy to the guarantees of the *Canadian Bill of Rights* by way of a positive suppressive effect upon the

a eu antérieurement déni à l'accusé d'un droit reconnu par la *Déclaration canadienne des droits*. A ce sujet, je fais remarquer qu'il n'y avait pas, en l'espèce, d'incompatibilité entre la reconnaissance de la garantie spécifique du droit de consulter un avocat et le recours à la méthode particulière de preuve; et l'accusé était clairement en droit de consulter un avocat avant que les autorités policières ne lui fassent subir le test de l'ivressomètre.

La question qui se pose, par conséquent, est la suivante: pour que ce droit triomphe, faut-il s'en remettre à la seule force de caractère ou fermeté d'un accusé de sorte que la situation soit celle de l'affaire *Brownridge*, ou n'y a-t-il pas aussi une sanction disponible, savoir, conclure à l'irrecevabilité de la preuve lorsque les autorités policières réussissent à vaincre la résistance que l'accusé oppose en disant qu'il veut consulter d'abord un avocat. Rien de moins ne saurait suffisamment garantir le respect du droit de l'individu à l'avocat par les autorités policières dont l'obligation d'appliquer la loi va de pair avec celle d'y obéir.

Rien n'indique qu'il y ait eu violence physique en l'espèce avant que l'accusé ne se soumette finalement au test sans avoir pu faire reconnaître son droit de consulter un avocat, mais je ne pense pas qu'il y ait une distinction à faire dans les principes selon qu'un accusé se soumet par peur ou par sentiment d'impuissance, ou par suite de pressions polies ou fermes ou de harcellement agressif. Je devrais aussi faire remarquer qu'on n'a pas prétendu que l'accusé avait renoncé à son droit de consulter un avocat, dans l'hypothèse que cela soit une réponse à une violation alléguée de l'un de ses droits individuels en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*.

Cette affaire n'impose pas à cette Cour de réévaluer les principes à la base de la recevabilité d'une preuve obtenue illégalement, tels qu'ils se sont développés dans la «*Common Law*». Nous avons une politique statutaire à appliquer, reconnue à juste titre par cette Cour comme donnant la primauté aux garanties de la *Déclaration canadienne des droits* par voie d'ef-

operation and application of federal legislation: see *The Queen v. Drybones*[8]. The result may be, as in *Drybones,* to render federal legislation inoperative or, as in *Brownridge,* federal legislation may become inapplicable in the particular situation while otherwise remaining operative. The sanction in the present case would be to preclude use against a person of a special form of proof when it is obtained following a deliberate violation of a right of that person under the *Canadian Bill of Rights.* If, as the Bill enjoins, s. 237 of the *Criminal Code* is not to be applied so as to deprive a detained person of access to counsel, I do not see how its provisions can be utilized against a detained person in any case where that person's right of access to counsel has been denied in the course of that utilization. Moreover, it cannot matter that resort to s. 237 is the only way in which proof can be made of the main element of the offence defined in s. 236.

fet de suppression positif sur le fonctionnement et l'application de la législation fédérale: voir *La Reine c. Drybones*[8]. Le résultat peut être, comme dans *Drybones*, de rendre inopérante une loi fédérale ou, comme dans *Brownridge,* qu'une loi fédérale ne s'applique pas dans un cas donné, bien qu'elle demeure par ailleurs en vigueur. La sanction en l'espèce présente serait d'empêcher l'utilisation contre une personne d'un certain genre de preuve lorsque cette preuve est obtenue à la suite d'une violation délibérée d'un droit reconnu à la personne par la *Déclaration canadienne des droits.* Si, comme la Déclaration l'ordonne, l'art. 237 du *Code criminel* ne doit pas s'appliquer de façon à priver de l'accès à un avocat une personne détenue, je ne vois pas comment ses dispositions peuvent être utilisées à l'encontre d'une personne détenue lorsque ce droit de consulter un avocat a été refusé à cette personne au cours même de cette utilisation. De plus, il n'est pas pertinent que le recours à l'art. 237 soit la seule façon dont on puisse faire la preuve de l'élément principal de l'infraction définie à l'art. 236.

Counsel for the Crown in this appeal put forward the decision of the Nova Scotia Supreme Court, sitting *en banc,* in *Regina v. Steeves*[9], and the decision of this Court in *O'Connor v. The Queen*[10], in support of the conviction of the appellant. Both of these cases antedated *Drybones.* In *Steeves,* the accused had gone with his counsel to a police station to make out a motor vehicle accident report and, when questioned by the police after proper warning, he was advised by counsel not to answer certain questions. Thereupon he was arrested for failing to stop at the scene of an accident and taken for interrogation out of the presence of his counsel, who was refused permission to accompany him and later was refused permission to see him. During his interrogation the accused divulged the name of a person who was apparently called

A l'appui du maintien de la condamnation de l'appelant, l'avocat du ministère public en ce pourvoi a invoqué la décision qu'a rendue la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, siégeant en banc plénier, dans l'arrêt *Regina v. Steeves*[9], et la décision de cette Cour dans l'arrêt *O'Connor c. La Reine*[10]. Ces deux arrêts sont antérieurs à l'arrêt *Drybones.* Dans *Steeves,* l'accusé s'est rendu avec son avocat au poste de police afin de déclarer un accident d'automobile et, lorsque la police l'a interrogé après l'avoir dûment mis en garde, son avocat lui a conseillé de ne pas répondre à certaines questions. Sur quoi il a été mis en état d'arrestation pour délit de fuite et amené pour interrogatoire hors de la présence de son avocat, à qui on a refusé la permission de l'accompagner et à qui on a plus tard refusé la permission de le voir. Durant

[8] [1970] S.C.R. 282.
[9] [1964] 1 C.C.C. 266.
[10] [1966] S.C.R. 619.

[8] [1970] R.C.S. 282.
[9] [1964] 1 C.C.C. 266.
[10]s[1966] R.C.S. 619.

as a Crown witness. The magistrate who tried the case found that the accused had been denied access to counsel following his arrest, in violation of the *Canadian Bill of Rights;* and although the Crown's evidence on the charge had been heard the magistrate dismissed it on the ground that because of the denial of access to counsel he had been denied a fair trial. On appeal by way of case stated, it was held that the magistrate was wrong in dismissing the charge when he found a violation of the *Canadian Bill of Rights,* and the case was remitted to the magistrate for adjudication on the merits on the evidence adduced before him. Whether the result in *Steeves* turned on the fact that the denial of access to counsel in respect of the pre-trial interrogation had no bearing on the fairness of the succeeding trial (as Ilsley C.J. said, speaking for the majority), or did not involve a denial of a fair hearing under s. 2(*e*) of the *Canadian Bill of Rights* (as Coffin J., concurring, said), it is not in point or persuasive for the present case. In the perspective of the present case, and in the light of *Drybones,* the proper result in *Steeves* would be not to dismiss the charge against the accused but to require the Crown to support the charge against him without the benefit of the testimony obtained by denying to the accused his right of access to counsel.

In *Steeves,* Coffin J. also made the point that the accused was not a compellable witness at the pre-trial interrogation. If any analogy is to be drawn to the present case, the fact is that the accused here was under compulsion to provide a breath sample unless he had a reasonable excuse for refusing to submit. If the analogy be pursued, it would seem to follow that because of the compellability, the denial of access to

l'interrogatoire, l'accusé a divulgué le nom d'une personne qui apparemment fut appelée à témoigner pour le ministère public. Le magistrat qui présida le procès tira la conclusion qu'on avait dénié à l'accusé l'accès à un avocat à la suite de son arrestation, contrairement aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*; et bien que le ministère public eût terminé la présentation de sa preuve, le magistrat rejeta l'accusation pour le motif qu'en raison du refus de permettre à l'accusé de consulter un avocat, l'accusé n'avait pas eu le bénéfice d'une audition équitable. Sur appel interjeté par exposé de la cause, on décida que le magistrat avait commis une erreur lorsqu'il avait rejeté l'accusation après avoir conclu qu'il y avait eu une violation de la *Déclaration canadienne des droits,* et le dossier fut renvoyé au magistrat pour que celui-ci statue sur le fond d'après la preuve faite devant lui. Que la décision dans *Steeves* ait reposé sur le fait que le refus de permettre de consulter un avocat, lors de l'interrogatoire mené avant le procès, n'a eu aucun rapport avec l'équité du procès subséquent (comme l'a dit le juge en chef Ilsley, parlant au nom de la majorité), ou n'a pas comporté de violation du droit à une audition équitable sous le régime de l'al. *e*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* (comme l'a dit le juge Coffin, qui a souscrit à l'avis de la majorité), elle n'est pas applicable et n'est pas persuasive en l'espèce. Dans le contexte du cas présent et à la lumière de l'arrêt *Drybones,* la décision appropriée dans *Steeves* aurait été, non pas de rejeter l'inculpation, mais d'exiger que la Couronne fasse la preuve de l'infraction sans le bénéfice du témoignage qu'on avait obtenu par suite du déni du droit de l'accusé de consulter un avocat.

Dans *Steeves,* le juge Coffin a également fait remarquer que l'accusé n'était pas un témoin contraignable à l'interrogatoire qui avait précédé le procès. Si on doit voir quelque analogie avec la présente espèce, le fait est qu'ici l'accusé était forcé de fournir un échantillon de son haleine à moins qu'il n'eût une excuse raisonnable pour refuser. Si on poursuit l'analogie, il semble qu'on doive déduire que vu que l'accusé pouvait

counsel should result in exclusion of the evidence obtained following that denial.

*O'Connor v. The Queen,* although having some similarity to the present case differs in at least two significant ways, in addition to being a pre-*Drybones* decision. The accused O'Connor was charged with and convicted of impaired driving. He had submitted to two breathalizer tests before he knew he was under arrest and before he was told he was going to be charged. After taking the tests he asked to get in touch with his lawyer and was allowed to make a telephone call which proved unproductive. He was denied permission to make a second call. Ritchie J. speaking for the Court majority noted (at p. 625 of [1966] S.C.R.) that "on the facts as stated by the learned magistrate it is not suggested that the appellant had been deprived of his rights under s. 2(*c*)(ii) until after he had voluntarily submitted to the two breathalizer tests being administered to him and it is a little difficult to understand the grounds upon which Mr. Justice Haines decided that this evidence should be excluded". In the present case the denial of access to counsel occurred before any breathalizer test was taken.

The second significant difference arises from the further observation of Ritchie J. that even if the absence of the accused's lawyer deprived him of being advised of his right to refuse to take the tests (under the law as it then stood) the breathalizer evidence was nonetheless admissible because of the then s. 224(3) of the *Criminal Code,* making evidence of a breath test admissible notwithstanding the want of any prior warning to the accused that he need not give the sample or that the results of the analysis thereof might be adduced in evidence. Section 224(3), referred to in the *O'Connor* case, is now found in another context in s. 237(1)(*b*) but with the important exclusion from its provisions

être légalement contraint de fournir l'échantillon, le refus de permettre l'accès à un avocat devrait entraîner l'exclusion de la preuve obtenue à la suite de ce refus.

L'arrêt *O'Connor c. La Reine,* bien que présentant quelque similitude avec l'espèce présente, diffère de celle-ci sur au moins deux points importants, en plus d'être antérieur à l'arrêt *Drybones.* L'accusé O'Connor avait été inculpé et condamné pour conduite d'un véhicule pendant que sa capacité de conduire était affaiblie. Il s'était soumis à deux reprises au test de l'ivressomètre avant qu'il ne sache qu'il était en état d'arrestation et avant qu'on ne lui dise qu'il serait inculpé. Après avoir subi les tests, il avait demandé de communiquer avec son avocat et on lui avait permis de faire un appel téléphonique qui s'était avéré infructueux. On lui avait refusé la permission de téléphoner une seconde fois. M. le juge Ritchie, parlant au nom de la majorité de la Cour, nota (à la p. 625 de [1966] R.C.S.) que [TRADUCTION] «d'après les faits tels qu'exposés par le savant magistrat il n'apparaît pas que l'appelant ait été privé de ses droits sous le régime du sous-al. (ii) de l'al. *c*) de l'art. 2 avant qu'il ne se soit volontairement soumis à deux tests par ivressomètre et il est un peu difficile de comprendre les motifs sur lesquels le juge Haines a statué que cette preuve devrait être exclue». En la présente cause, le refus de consulter un avocat s'est produit avant qu'aucun test par ivressomètre n'ait été effectué.

L'autre différence importante découle de la remarque additionnelle du juge Ritchie déclarant que même si l'absence de l'avocat de l'accusé avait privé ce dernier de la possibilité d'être notifié de son droit de refuser de se soumettre aux tests (suivant le droit alors en vigueur) la preuve obtenue par ivressomètre était malgré tout recevable en raison du par. (3) de l'art. 224 du *Code criminel* d'alors, en vertu duquel la preuve d'un test de l'haleine était recevable sans qu'il soit nécessaire d'avertir préalablement l'accusé qu'il n'était pas tenu de donner l'échantillon ou que le résultat de l'analyse de l'échantillon pourrait être produit en preuve. Le par. (3) de l'art. 224, auquel on se

of "a sample taken pursuant to a demand made under s. 235(1)". Special provision for the taking of a sample of breath and for the admissibility of evidence of the analysis thereof is made in s. 237 (1)(*c*) which opens with the words "where a sample of the breath of the accused has been taken pursuant to a demand made under section 235(1)". That demand relates to reasonable and probable grounds for believing that the person of whom the demand is made has been driving while impaired. The breath sample analysis under s. 237(1)(*c*) is related more directly however to the offence defined in s. 236, of which the accused in this case was convicted.

Finally, as to the *O'Connor* case, it was decided on a strict view of the questions put by way of stated case, and they did not involve any issue of the admissibility or exclusion of evidence based upon the previous denial of access to counsel. Ritchie J. put the matter clearly as follows (at p. 627 of [1966] S.C.R.):

> As I have indicated, I am of opinion that when Mr. Justice Haines decided that the evidence of the breathalizer tests should be ignored, he was deciding a question of law which did not arise out of the stated case and which does not form one of the grounds upon which leave to appeal to this Court was granted.

Although it appears to me to be enough to rest my decision in this appeal on the operative view of the *Canadian Bill of Rights* taken in *Drybones*, I feel constrained to elaborate on the considerations which move me to allow this appeal. I do this because otherwise a comparison will inevitably be drawn between the policy underlying the admissibility of relevant evidence, no matter how obtained (unless it falls within the involuntary confession category) and the contrary policy which I would enforce here,

refère dans l'affaire *O'Connor*, se retrouve maintenant dans un autre contexte à l'al. *b*) du par. (1) de l'art. 237 mais avec l'exclusion importante de ses dispositions d'«un échantillon prélevé en conformité d'une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1)». Le prélèvement d'un échantillon d'haleine et la recevabilité en preuve de l'analyse de celui-ci sont spécialement prévus à l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 237, qui débute par les mots «lorsqu'un échantillon de l'haleine du prévenu a été prélevé conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1)». Cette sommation se rattache à des motifs raisonnables et probables de croire que la personne à qui elle est adressée a conduit alors que sa capacité de le faire était affaiblie. L'analyse de l'échantillon d'haleine en vertu de l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 237 se rattache plus directement cependant à l'infraction définie à l'art. 236, dont l'accusé en l'espèce a été déclaré coupable.

Enfin, pour parler de l'affaire *O'Connor*, cette affaire-là a été décidée en se fondant strictement sur les questions qui avaient été posées par voie d'exposé de cause, et ces questions ne soulevaient aucune question de recevabilité ou d'exclusion d'une preuve basée sur le refus antérieur de l'accès à un avocat. M. le juge Ritchie a exposé la situation clairement de la façon suivante (à la p. 627 de [1966] R.C.S.):

> [TRADUCTION] Comme je l'ai indiqué, je suis d'avis que lorsque M. le juge Haines a décidé que la preuve des tests effectués par ivressomètre devait être écartée, il tranchait une question de droit qui ne découlait pas de l'exposé de cause et qui ne constitue pas l'un des motifs sur lesquels l'autorisation d'interjeter appel devant cette Cour a été accordée.

Bien que personnellement, il m'apparaîtrait suffisant de fonder ma décision en ce pourvoi sur la façon dont la *Déclaration canadienne des droits* a été appliquée dans l'affaire *Drybones*, je me sens dans l'obligation d'en dire plus long sur les considérations qui me poussent à accueillir le pourvoi. Je le fais, parce qu'autrement une comparaison sera inévitablement faite entre la politique sous-jacente à la recevabilité d'une preuve pertinente, de quelque façon qu'elle ait été obtenue (sauf s'il s'agit d'une preuve assimi-

and an explanation should be offered for preferring the latter. I approach my elaboration by noting that the present case does not fall easily into the class of cases where evidence is illegally obtained in the sense that illegal means or acts are the vehicles through which the impugned evidence is procured, as for example, by illegal search or seizure or by trespass or by force; nor does it fall easily within that class of cases where tricks or falsehoods are used to get evidence against an accused person. Forthright denial of access to counsel was not here a means of obtaining the breath tests, to which the accused was required to submit unless he had a reasonable excuse for refusing; and the fact that he could have refused, unless he first consulted counsel, does not mean that the breath test evidence was procured by illegal means or trickery as those terms were understood and considered in *Kuruma v. The Queen*[11]. I need not therefore assess any of the cases in the two classes but will deal with them overall in terms of the judicial policy or policies that they exhibit.

The common law rule of admissibility of illegally or improperly obtained evidence rests simply on the relevancy of the evidence to issues on which it is adduced, without regard to the means by which it was procured (confessions or out-of-court statements by an accused aside). The rule in Canada goes back to *Regina v. Doyle*[12], where it was said, at p. 353, in respect of evidence obtained by execution of an illegal search warrant, that "the evidence is admissible so long as the fact so wrongly discovered is a fact—apart from the manner in

[11] [1955] A.C. 197.
[12] (1886), 12 O.R. 347.

lable à celle d'un aveu non volontaire), et la politique contraire que j'appliquerais ici, et je dois une explication pour motiver ma préférence. J'aborde la question en faisant remarquer que la présente affaire n'entre pas dans cette catégorie de cas où la preuve a été obtenue illégalement, en ce sens que la preuve contestée ne résulte pas de gestes ou d'actes illégaux comme, par exemple, une perquisition ou une saisie illégale ou une intrusion illicite ou par l'usage de la force; on ne peut non plus la classer facilement dans cette catégorie de cas où on a usé de subterfuges ou de fraude pour obtenir une preuve contre un accusé. Le déni absolu de permettre de consulter un avocat n'a pas été ici un moyen de forcer l'accusé à se soumettre aux tests de l'haleine, ce qu'il était obligé de faire à moins qu'il n'ait une excuse raisonnable pour refuser; et le fait qu'il pouvait refuser tant qu'il n'aurait pas d'abord consulté un avocat ne signifie pas que le test de l'haleine soit une preuve obtenue par des moyens illégaux ou des subterfuges au sens dans lequel ces termes ont été compris et pris en considération dans l'arrêt *Kuruma v. The Queen*[11]. Il ne m'est donc pas nécessaire d'évaluer des arrêts quelconques qui entrent dans ces deux catégories, je vais plutôt traiter de façon globale des arrêts qu'elles contiennent, en fonction de la politique judiciaire, ou des politiques judiciaires, qu'ils illustrent.

La règle de la *Common Law* qui admet la recevabilité d'une preuve obtenue illégalement ou irrégulièrement repose simplement sur la pertinence de cette preuve quant aux questions à l'égard desquelles elle est présentée, sans tenir compte des moyens par lesquels elle a été obtenue (sauf le cas d'aveux ou de déclarations extra-judiciaires d'un accusé). La règle au Canada remonte à l'arrêt *Regina v. Doyle*[12], où l'on a dit, à la p. 353, relativement à une preuve obtenue en exécutant un mandat de perquisition illégal, que [TRADUCTION] «la preuve est receva-

[11] [1955] A.C. 197.
[12] (1886), 12 O.R. 347.

which it was discovered—admissible against the party." There is no thought that the criminal should go free because the constable has blundered, (to use the words of Judge Cardozo in *People v. Defore*[13], at p. 21), subject only to a discretion in the trial judge to exclude the evidence on the ground of unfairness. In this Court, the discretion has been very narrowly confined: see *The Queen v. Wray*[14]; and a recent review of Commonwealth case law carries the conclusion that "this discretion is very rarely acted on": see *Heydon,* Illegally Obtained Evidence (1), [1973] Crim.L.Rev. 603, at p. 605; and see also *Heydon,* Illegally Obtained Evidence (2), [1973] Crim.L.Rev. 690. Illegalities or improprieties attending the eliciting or discovery of relevant evidence are, on the orthodox common law view, *res inter alios acta.* They are said to have their sanction in separate criminal or civil proceedings, of which there is little evidence, either as to recourse or effectiveness; or, perhaps, in internal disciplinary proceedings against offending constables, a matter on which there is no reliable data in this country.

The choice of policy here is to favour the social interest in the repression of crime despite the unlawful invasion of individual interests and despite the fact that the invasion is by public officers charged with law enforcement. Short of legislative direction, it might have been expected that the common law would seek to balance the competing interests by weighing the social interest in the particular case against the gravity or character of the invasion, leaving it to the discretion of the trial judge whether the balance should be struck in favour of reception or exclusion of particular evidence. I have already indicated that the discretion has been narrowed,

[13] (1926), 242 N.Y. 13.
[14] [1971] S.C.R. 272.

ble aussi longtemps que le fait découvert par des moyens si répréhensibles est un fait qui—sans considérer la façon dont il a été découvert—est recevable contre la partie.» Il n'est pas question que le criminel doive être élargi parce que le policier a commis une maladresse, (pour se servir des mots du juge Cardozo dans *People v. Defore*[13], à la p. 21), sous réserve seulement d'une discrétion laissée au juge de première instance d'exclure la preuve pour cause d'iniquité. En cette Cour, la discrétion a été définie très étroitement: voir *La Reine c. Wray*[14]; et un récent sommaire du droit jurisprudentiel du Commonwealth en arrive à la conclusion que [TRADUCTION] «cette discrétion est très rarement exercée; voir *Heydon,* Illegally Obtained Evidence (1), [1973] Crim. L. Rev. 603, à la p. 605; et voir aussi *Heydon,* Illegally Obtained Evidence (2), [1973] Crim. L. Rev. 690. Les illégalités ou irrégularités qui accompagnent l'obtention ou la découverte d'une preuve pertinente sont, selon le point de vue orthodoxe de la *Common Law, res inter alios acta.* Elles seront reprimées, dit-on par des poursuites séparées au criminel ou au civil, une sanction dont la preuve reste en grande partie à faire, qu'il s'agisse du recours lui-même ou de son efficacité; ou, peut-être, par l'imposition de mesures disciplinaires au sein du corps policier, contre les agents en faute, un sujet sur lequel nous n'avons pas de données sûres en ce pays.

La politique choisie ici est de favoriser l'intérêt de la société dans la répression du crime malgré l'invasion illégale de droits individuels et malgré le fait que cette invasion est commise par des officiers publics responsables de l'application de la loi. Faute de directive législative, on aurait pu s'attendre que la *Common Law* tente de faire le partage entre les intérêts opposés en confrontant l'intérêt de la société dans un cas particulier et la gravité ou le caractère de l'invasion, laissant à la discrétion du juge de première instance la décision quant à savoir si, à tout prendre, il faut accorder plus de poids à la recevabilité ou à l'exclusion d'une preuve parti-

[13] (1926), 242 N.Y. 13.
[14] [1971] R.C.S. 272.

and, I would add, to an extent that underlines a wide preference for admissibility. It appears that only in a line of Scottish and Irish cases has there been any consideration of striking a balance between the competing interests involved where there is a challenge to admissibility because of illegality or impropriety: see *Heydon,* op.cit., at pp. 607-610; and see also *Cowen and Carter,* Essays on the Law of Evidence (1956), The Admissibility of Evidence Obtained through Illegal Searches and Seizures, at pp. 83-92. Relevant to that consideration would be, of course, the trustworthiness of the tendered evidence.

Opposed to the dominant common law position is that at which the Supreme Court of the United States has arrived in enforcing the guarantees of the Fourth Amendment of the Constitution, applicable to the central authorities, against unreasonable searches and seizures, and, through it, those of the Fourteenth Amendment enjoining the States not to "deprive any person of life, liberty or property without due process of law". In general, a rule of exclusion of illegally obtained evidence, tendered to show the guilt of an accused, is enforced both in federal and state prosecutions: see *Weeks v. U.S.*[15], *Mapp v. Ohio*[16].

The American exclusionary rule, in enforcement of constitutional guarantees, is as much a judicial creation as was the common law of admissibility. It is not dictated by the Constitution, but its rationale appears to be that the constitutional guarantees cannot be adequately served if their vindication is left to civil actions in tort or criminal prosecutions, and that a check rein on illegal police activity which invades constitutional rights can best be held by

[15] (1914), 232 U.S. 383.
[16] (1961), 367 U.S. 643.

culière. J'ai déjà indiqué que la discrétion a été rétrécie, et je me permets d'ajouter qu'elle l'a été à un degré qui fait ressortir une préférence large en faveur de la recevabilité. Il semble que ce ne soit seulement que dans une série de décisions écossaises et irlandaises qu'on ait accordé une considération quelconque à un partage entre les intérêts opposés qui sont en cause lors d'une contestation de la recevabilité d'une preuve pour cause d'illégalité ou d'irrégularité: voir *Heydon,* op.cit., aux pp. 607-610; et voir aussi *Cowen and Carter,* Essays on the Law of Evidence (1956), The Admissibility of Evidence Obtained through Illegal Searches and Seizures, aux pp. 83-92. La crédibilité de la preuve soumise serait, bien entendu, pertinente à l'égard de ce partage.

A l'opposé de la position qui prédomine dans la *Common Law* se trouve celle à laquelle est arrivée la Cour suprême des États-Unis dans l'application des garanties édictées par le quatrième amendement à la Constitution, applicable au pouvoir central, à l'encontre des perquisitions et des saisies déraisonnables, et, à travers lui, de celles édictées par le quatorzième amendement ordonnant aux États de ne pas [TRADUCTION] «priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans l'application régulière de la loi (*due process of law*)». En général, une règle prévoyant l'exclusion d'une preuve obtenue illégalement, offerte en vue de démontrer la culpabilité de l'accusé, est appliquée à la fois dans les poursuites du gouvernement fédéral et des gouvernements des États: voir *Weeks v. U.S.*[15]; *Mapp v. Ohio*[16].

La règle américaine de l'exclusion de la preuve, dans l'application des garanties constitutionnelles, est tout autant une création judiciaire que l'était la règle de recevabilité en *Common Law.* Elle n'est pas dictée par la Constitution, mais sa justification semble être que les garanties constitutionnelles ne peuvent pas être adéquatement sauvegardées si pour les faire triompher il faut s'en remettre à des recours délictuels ou à des poursuites au criminel, et que

[15] (1914), 232 U.S. 383.
[16] (1961), 367 U.S. 643.

excluding evidence obtained through such invasions. Whether this has resulted or can result in securing or improving respect for constitutional guarantees is not an easy question to answer, although attempts are being made to do so through empirical studies: see *Spiotto*, Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and Its Alternative (1973), 2 Jo.Leg.S. 243.

It may be said that the exclusion of relevant evidence is no way to control illegal police practices and that such exclusion merely allows a wrongdoer to escape conviction. Yet where constitutional guarantees are concerned, the more pertinent consideration is whether those guarantees, as fundamentals of the particular society, should be at the mercy of law enforcement officers and a blind eye turned to their invasion because it is more important to secure a conviction. The contention that it is the duty of the Courts to get at the truth has in it too much of the philosophy of the end justifying the means; it would equally challenge the present law as to confessions and other out-of-Court statements by an accused. In the United States, its Supreme Court, after weighing over many years whether other methods than exclusion of evidence should be invoked to deter illegal searches and seizures in state as well as in federal prosecutions, concluded that the constitutional guarantees could best be upheld by a rule of exclusion.

The *Canadian Bill of Rights* is a half-way house between a purely common law regime and a constitutional one; it may aptly be described as a quasi-constitutional instrument. It does not embody any sanctions for the enforcement of its terms, but it must be the

les activités policières illégales qui enfreignent les droits constitutionnels seraient mieux freinées par l'exclusion de la preuve obtenue par des actes de cette nature. La question de savoir si cela a eu pour résultat, ou peut avoir comme résultat, d'assurer le respect des droits garantis par la Constitution ou de l'accroître, ne trouve pas réponse facile, bien que des tentatives en ce sens aient été faites par des études empiriques: voir *Spiotto*, Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and Its Alternative (1973), 2 Jo.Leg.S. 243.

On peut prétendre que l'exclusion d'une preuve pertinente ne pourra pas servir à exercer un contrôle sur les pratiques illégales de la police et qu'une telle exclusion permet tout simplement à l'auteur d'un crime d'échapper à la condamnation. Pourtant ce qu'il faut d'abord envisager lorsqu'il s'agit de garanties constitutionnelles, c'est de savoir si ces garanties, considérées en tant que principes fondamentaux de la société concernée, devraient être à la merci des agents chargés de l'application des lois, et si on devrait fermer les yeux sur leur violation parce qu'il est plus important de s'assurer une déclaration de culpabilité. La prétention que c'est le devoir des tribunaux de découvrir la vérité ressemble trop à la philosophie de la fin justifiant les moyens; elle mettrait également en cause le droit actuel concernant les aveux et autres déclarations extra-judiciaires d'un accusé. Aux États-Unis, la Cour suprême, après avoir cherché durant plusieurs années si d'autres méthodes que l'exclusion de la preuve pourraient être mises de l'avant pour décourager les perquisitions et saisies illégales dans les poursuites menées par les États aussi bien que dans celles menées par le gouvernement fédéral, a conclu que la règle de l'exclusion constituait le meilleur moyen d'assurer le maintien des garanties constitutionnelles.

La *Déclaration canadienne des droits* est à mi-chemin entre un système fondé uniquement sur la *Common Law* et un système constitutionnel; on peut à juste titre la décrire comme un document quasi constitutionnel. Elle ne prévoit aucune sanction pour l'application de ses dispo-

function of the Courts to provide them in the light of the judicial view of the impact of that enactment. The *Drybones* case has established what the impact is, and I have no reason to depart from the position there taken. In the light of that position, it is to me entirely consistent, and appropriate, that the prosecution in the present case should not be permitted to invoke the special evidentiary provisions of s. 237 of the *Criminal Code* when they have been resorted to after denial of access to counsel in violation of s. 2(*c*)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*. There being no doubt as to such denial and violation, the Courts must apply a sanction. We would not be justified in simply ignoring the breach of a declared fundamental right or in letting it go merely with words of reprobation. Moreover, so far as denial of access to counsel is concerned, I see no practical alternative to a rule of exclusion if any serious view at all is to be taken, as I think it should be, of this breach of the *Canadian Bill of Rights*.

My conclusion does not, of course, preclude proof otherwise than by resort to s. 237, and such proof might well have been available to the Crown in respect of a charge of impaired driving under s. 234, had such a charge been laid in addition to or in lieu of a charge under s. 236.

I would, therefore, allow this appeal, set aside the judgments below and quash the conviction.

*Appeal dismissed,* SPENCE *and* LASKIN JJ. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Randall R. Duplak, Dartmouth.*

*Solicitor for the respondent: Graham W. Stewart, Halifax.*

sitions, mais il appartient aux tribunaux d'y pourvoir à la lumière de l'opinion qu'ils se font de l'impact de cette loi. L'arrêt *Drybones* a établi quel en est l'impact, et je n'ai aucune raison d'adopter une position différente de celle qu'on y a adoptée. A la lumière de cette position, il est, selon moi, tout à fait compatible, et approprié, de ne pas permettre que le poursuivant en l'espèce invoque les dispositions spéciales de preuve de l'art. 237 du *Code criminel* quand on y a eu recours après avoir refusé l'accès à un avocat en violation du sous-al. (ii) de l'al. *c*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*. Puisqu'il n'y a pas de doute qu'il y a eu un tel refus et une telle violation, les tribunaux doivent imposer une sanction. Nous ne serions pas fondés à simplement refuser de tenir compte de l'atteinte à un droit fondamental déclaré ou à laisser passer le fait en nous contentant de quelques mots de reproche. De plus, autant que le refus de permettre la consultation d'un avocat est concerné, je ne vois pas de solution de rechange pratique à une règle d'exclusion si l'on veut le moindrement prendre au sérieux, comme je crois qu'on devrait le faire, cette violation de la *Déclaration canadienne des droits*.

Ma conclusion n'empêche pas, naturellement, de faire une preuve autrement que par recours aux dispositions de l'art. 237, et une telle preuve aurait fort bien pu être disponible au ministère public à l'égard d'une accusation de conduite pendant que la capacité de conduire est affaiblie, si semblable accusation avait été portée contre l'accusé en plus d'une accusation en vertu de l'art. 236 ou au lieu de celle-ci.

J'accueillerais par conséquent le pourvoi, j'infirmerais les jugements des cours d'instance inférieure et j'annulerais la déclaration de culpabilité.

*Appel rejeté, les juges* SPENCE *et* LASKIN *étaient dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Randall R. Duplak, Dartmouth.*

*Procureur de l'intimée: Graham W. Stewart, Halifax.*

**Sylvia Eady** *Appellant*;

and

**Dr. T. Tenderenda** *Respondent.*

1974: March 12, 13; 1974: October 1.

Present: Ritchie, Spence, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Physicians and surgeons—Negligence—Standard of care—Res ipsa loquitur—Facial paralysis after mastoid operation—Bone chips in nerve canal—Responsibility of surgeon.*

Respondent, a specialist in ear, nose and throat surgery, performed a mastoidectomy on appellant using the hammer and chisel method of performing the operation with the aid of a surgical loupe having a two and a half times modification (magnification) rather than the newer technique of microscopic surgery using a dental drill. Appellant suffered a facial paralysis as a result of the operation. Microscopic surgery performed to determine the precise cause of the paralysis revealed two small white bone chips which had been pressing against the facial nerve. At trial the jury found *first* that there was negligence on the part of the defendant, respondent to the plaintiff, appellant and *second* that this negligence was that respondent did not take due care in ensuring that all bone chips were removed from the operative area. On appeal this verdict was set aside because, in the view of the Appeal Division, there was no evidence upon which to make a finding of negligence against respondent.

*Held* (Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Spence and Dickson JJ.: The jury's finding of negligence on the part of the respondent was an answer by a jury on a question of fact and that answer cannot be interfered with unless it is so plainly unreasonable and unjust that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it. The Respondent, in using the surgical loupe and hammer and chisel method, realised that vision using microscopic surgery was much better than the loupe which he would have to use and should therefore have exercised a greater degree of care in making certain that the bone chips found in the wound had been removed. In failing in his search of the operative site to see such harmful chips in the

**Sylvia Eady** *Appelante*;

et

**Dr T. Tenderenda** *Intimé.*

1974: Les 12 et 13 mars; 1974: le 1er octobre.

Présents: Les juges Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Médecins et chirurgiens—Négligence—Norme de soin—Res ipsa loquitur—Nerf facial paralysé après une mastoïdectomie—Éclats d'os dans le nerf du canal—Responsabilité du chirurgien.*

L'intimé, un spécialiste en chirurgie des oreilles, du nez et de la gorge, a pratiqué une mastoïdectomie sur l'appelante en utilisant la méthode du marteau et du ciseau avec une loupe binoculaire chirurgicale donnant un grossissement de deux fois et demi plutôt que la nouvelle méthode de micro-chirurgie qui utilise la fraise dentaire. L'appelante a souffert de paralysie faciale à la suite de l'opération. La micro-chirurgie pratiquée pour trouver la cause précise de la paralysie a révélé la présence de deux petits éclats d'os qui étaient pressés contre le nerf facial. Au procès, le jury a conclu *premièrement* qu'il y avait eu négligence de la part du défendeur, l'intimé, envers la demanderesse, l'appelante, et *deuxièmement* que la négligence a consisté en ce que l'intimé n'a pas pris les précautions nécessaires en s'assurant que tous les éclats d'os avaient été enlevés de la zone opératoire. En appel ce verdict a été infirmé parce qu'il n'y avait pas, selon la Division d'appel, de preuve permettant de conclure à la négligence de l'intimé.

*Arrêt* (Les juges Ritchie et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

*Les* juges Spence et Dickson: La conclusion du jury selon laquelle l'intimé a été négligent était une réponse par un jury portant sur une question de fait et on ne peut modifier cette réponse à moins qu'elle ne soit si nettement déraisonnable et injuste qu'aucun jury examinant l'ensemble de la preuve et agissant de façon judiciaire n'aurait pu donner cette réponse. L'intimé, en utilisant la loupe binoculaire chirurgicale, le marteau et le ciseau, savait que la vision avec un microscope était de beaucoup supérieure à celle que permettait la loupe chirurgicale binoculaire qu'il devait employer et aurait dû par conséquent exercer un plus grand degré de prudence afin d'être certain que les éclats d'os trouvés dans l'incision avaient été

area of the facial nerve the respondent did not accord to his patient the reasonable degree of care required.

*Per* Beetz J.: Once it is conceded that the jury was adequately instructed and that the rule *res ipsa loquitur* applied one cannot but conclude that there was some evidence upon which a finding of negligence could properly be made by the jury.

*Per* Ritchie and de Grandpré JJ., *dissenting:* There was no direct evidence that the respondent did not in the conduct of the mastoid operation act as a reasonable doctor would have acted in similar circumstances. Appellants are therefore obliged to invoke the *res ipsa loquitur* rule. The two tiny bone chips resulting from the operation were approximately the same colour as the surrounding area and were only found during a second operation which lasted three hours and which had been undertaken precisely to find the cause of the problem. The evidence taken together did not justify a conclusion of negligence.

[*McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341; *Feener v. McKenzie*, [1972] S.C.R. 525; *Gent v. Wilson*, [1956] O.R. 257; *Crits and Crits v. Sylvester*, [1956] O.R. 132 affd. [1956] S.C.R. 991 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, allowing an appeal from a judgment of Dubinsky J. after trial upon the jury's answer to questions. Appeal allowed, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting.

*Harold F. Jackson, Q.C.*, and *George W. MacDonald*, for the appellant.

*John M. Barker*, for the respondent.

The judgment of Ritchie and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—By their action plaintiffs-appellants claim damages from respondent, a medical doctor, who performed a mastoidectomy on female plaintiff. The statement of claim alleges many grounds of negligence but the issue has been narrowed down to

enlevés. Ayant été incapable au cours de son inspection de la zone opératoire de voir dans la région du nerf facial de tels éclats d'os si nuisibles, l'intimé n'a pas accordé à son patient le degré raisonnable de soin requis.

*Le* juge Beetz: Une fois admis que le jury a reçu les directives appropriées et que la règle *res ipsa loquitur* s'applique, on ne peut s'empêcher de conclure qu'il existait certains éléments de preuve sur lesquels un jury pouvait se fonder pour décider correctement qu'il y avait eu négligence.

*Les* juges Ritchie et de Grandpré, *dissidents:* Il n'y a pas de preuve directe que l'intimé n'a pas, en pratiquant la mastoïdectomie, agi comme l'aurait fait un médecin raisonnable en des circonstances semblables. Les appelants sont donc obligés d'invoquer la règle *res ipsa loquitur*. Les deux minuscules éclats d'os provenant de l'opération étaient approximativement de la même couleur que la région où ils étaient situés et ils ont seulement pu être trouvés au cours de la deuxième opération qui a duré trois heures et qui avait été entreprise précisément pour trouver la cause du malaise. La preuve dans son ensemble ne justifiait pas une conclusion de négligence.

[Arrêts mentionnés: *McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341; *Feener c. McKenzie*, [1972] R.C.S. 525; *Gent v. Wilson*, [1956] O.R. 257; *Crits and Crits v. Sylvester*, [1956] O.R. 132, confirmé [1956] R.C.S. 991.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse accueillant un appel d'un jugement rendu par le juge Dubinsky, à la conclusion du procès, d'après les réponses du jury aux questions soumises. Pourvoi accueilli, les juges Ritchie et de Grandpré étant dissidents.

*Harold F. Jackson, c.r.*, et *George W. MacDonald*, pour l'appelante.

*John M. Barker*, pour l'intimé.

Le jugement des juges Ritchie et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident*)—Dans leur action les demandeurs appelants réclament des dommages-intérêts de l'intimé, un médecin, qui a effectué une mastoïdectomie sur la personne de la demanderesse. La déclaration allègue plusieurs moyens fondés sur la négligence

one as will immediately appear from the relevant questions and answers in the verdict of the jury:

Q. 1. Was there any negligence on the part of the Defendant to the Female Plaintiff? Answer Yes or No.

Answer: *Yes.*

2. Question: If your answer to Question 1 is yes, in what did such negligence consist?

Answer: Knowing the Probability that a Radical Mastoidectomy was necessary after examination of the patient & X-Rays & knowing the possibility of complications following this Type of surgery by performing this surgery using the chisel & Hammer, he did not take Due care in ensuring that all bone chips were Removed from the operative area.

The damages are not in issue here.

The verdict was confirmed by the trial judge who gave a judgment in favour of plaintiff. The Court of Appeal of Nova Scotia came to a different conclusion and set aside the verdict because, in the view of the Court, there was no evidence upon which a finding of negligence could be made against respondent. This Court is now asked to restore the verdict of the jury or alternatively to order a new trial.

In considering the verdict of the jury, we must keep before us the principles stated in many cases decided in this Court. The leading ones are mentioned in the reasons for judgment prepared by my brother Spence and I will not repeat them here.

What is negligence? The answer to that question is well known but it is worth a restatement. It is the failure to exercise "the ordinary skills of an ordinary competent man exercising that particular art"—*Bolam v. Friern Hospital*[1] at p. 121. The same thought was expressed by

[1] [1957] 2 All E.R. 118.

mais le litige a été limité à un seul comme le feront voir immédiatement les questions et réponses pertinentes que renferme le verdict du jury:

[TRADUCTION] Q. 1. Y a-t-il eu négligence de la part du défendeur envers la demanderesse? Réponse «oui» ou «non».

Réponse: *Oui.*

Q. 2. Si votre réponse à la question 1 est affirmative, en quoi consiste cette négligence?

Réponse: Sachant qu'une mastoïdectomie radicale était probablement nécessaire après l'examen du patient et des radiographies; sachant la possibilité de complications à la suite de ce genre d'intervention chirurgicale en employant la méthode du ciseau et du marteau, il n'a pas pris les précautions nécessaires en s'assurant que tous les éclats d'os avaient été enlevés de la zone opératoire.

Le montant des dommages n'est pas contesté ici.

Le verdict a été confirmé par le juge de première instance qui a rendu jugement en faveur des demandeurs. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en est venue à une conclusion différente et elle a infirmé le verdict du jury parce que, selon l'opinion de la Cour, il n'y avait pas de preuve sur laquelle tirer une conclusion de négligence contre l'intimé. On demande maintenant à cette Cour de rétablir le verdict du jury ou subsidiairement d'ordonner un nouveau procès.

En examinant le verdict du jury, nous devons garder devant nous les principes énoncés dans nombre d'arrêts décidés par cette Cour. Les principaux sont mentionnés dans les motifs de jugement préparés par mon collègue Spence et je ne les répéterai pas ici.

Qu'est-ce que la négligence? La réponse à cette question est bien connue mais elle mérite d'être énoncée à nouveau. C'est négliger d'exercer [TRADUCTION] «les compétences ordinaires d'un homme compétent ordinaire exerçant cet art particulier»—*Bolam v. Friern Hospital*[1], à la

[1] [1957] 2 All E.R. 118.

Abbott J. in *Donald McCormick v. Gaston Marcotte*[2] at p. 21:

The test of reasonable care applies in medical malpractice cases as in other cases where fault is alleged. The medical man must possess and use, that reasonable degree of learning and skill ordinarily possessed by practitioners in similar communities in similar cases. Whether or not such test has been met depends, of course, upon the particular circumstances of each case.

Taschereau J., as he then was, in *Cardin v. La Cité de Montréal et al*[3] at p. 658, stated:

[TRANSLATION] Certainly, doctors should not be held responsible for unforeseeable accidents which may occur in the normal course of the exercise of their profession. Cases necessarily occur in which, in spite of exercising the greatest caution, accidents supervene and for which nobody can be held responsible. The doctor is not a guarantor of the operation which he performs or the attention he gives. If he displays normal knowledge, if he gives the medical care which a competent doctor would give under identical conditions, if he prepares his patient before operation according to the rules of the art, it is difficult to sue him in damages, if by chance an accident occurs. Perfection is a standard required by law no more for a doctor than for other professional men, lawyers, engineers, architects, etc. Accidents, imponderables, what is foreseeable and what is not, must necessarily be taken into account.

It is obvious that in most cases of negligence alleged against a medical doctor, direct evidence of fault is not possible. This suit is no exception. Only two witnesses were heard on the medical aspect of the case, respondent himself and a doctor Shane who had seen the female plaintiff a few days after the operation in circumstances that will be discussed later. It is not possible to find in their testimonies direct proof that respondent did not conduct himself as a reasonable doctor would have acted in similar circumstances.

[2] [1972] S.C.R. 18.
[3] [1961] S.C.R. 655.

p. 121. La même idée est exprimée par M. le juge Abbott dans *Donald McCormick c. Gaston Marcotte*[2], à la p. 21:

Le critère de diligence raisonnable s'applique aux affaires de responsabilité médicale comme aux autres affaires où il y a allégation de faute. Le médecin doit posséder et utiliser le même degré raisonnable de science et d'habileté que possèdent ordinairement les praticiens de milieux semblables dans des cas semblables. Savoir si l'on a satisfait ou non à ce critère dépend bien entendu des circonstances particulières de chaque affaire.

Dans *Cardin c. La Cité de Montréal et al.*[3], à la p. 658, le juge Taschereau, alors jugé puîné, disait:

Certainement, les médecins ne doivent pas être tenus responsables d'accidents imprévisibles qui peuvent se produire dans le cours normal de l'exercice de leur profession. Il arrive nécessairement des cas où, malgré l'exercice de la plus grande vigilance, des accidents surviennent et dont personne ne doit être tenu responsable. Le médecin n'est pas un garant de l'opération qu'il fait ou des soins qu'il procure. S'il déploie une science normale, s'il donne les soins médicaux que donnerait un médecin compétent dans des conditions identiques, s'il prépare son patient avant l'intervention suivant les règles de l'art, il sera difficilement recherché en dommages, si par hasard un accident se produit. Pas plus pour le médecin que pour les autres professionnels, avocats, ingénieurs, architectes, etc., le standard de perfection est l'exigence de la loi. Il faut nécessairement tenir compte des accidents, des impondérables, de tout ce qui est prévisible et de tout ce qui ne l'est pas.

Il est évident que dans la plupart des cas où l'on allègue la négligence d'un médecin, il n'est pas possible de prouver directement la faute. L'espèce présente ne fait pas exception. Seulement deux témoins ont été entendus relativement à l'aspect médical de l'affaire, l'intimé lui-même et un docteur Shane qui a vu la demanderesse quelques jours après l'opération dans des circonstances dont on parlera plus loin. Il n'est pas possible de trouver dans leurs témoignages des preuves directes que l'intimé n'a pas agi comme l'aurait fait un médecin raisonnable agissant en des circonstances semblables.

[2] [1972] R.C.S. 18.
[3] [1961] R.C.S. 655.

Appellants are therefore obliged to invoke in their favour the rule of evidence known as *res ipsa loquitur*. Its nature in a non medical case was examined by Ritchie J., speaking for the Court, in *Frank Hellenius and Rock Leclerc v. Thomas Lees*[4] at p. 171:

It was contended on behalf of the appellants that this was a case of *res ipsa loquitur* and that on this ground there was an initial burden upon the respondent to disprove negligence. I should say at the outset that in my opinion this submission cannot be sustained on the facts of the present case. The so-called rule embodied in the Latin phrase *res ipsa loquitur* is nothing more than a rule of evidence and states no principle of law. The rule is conveniently and authoritatively stated in the judgment of Erle C.J., in *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.* (1865) 3 H. & C. 596 at 601, 159 E.R. 665, where it is said:

There must be reasonable evidence of negligence.

But where the thing is shewn to be under the management of the defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendants, that the accident arose from want of care.

I find that the limitations of the doctrine so stated are accurately described in *Clerk & Lindsell on Torts*, 13th ed., para. 967, at p. 968, where it is said:

The doctrine applies (1) when the thing that inflicted the damage was under the sole management and control of the defendant, or of someone for whom he is responsible or whom he has a right to control; (2) the occurrence is such that it would not have happened without negligence. If these two conditions are satisfied it follows, on a balance of probability, that the defendant, or the person for whom he is responsible, must have been negligent. There is, however, a further negative condition: (3) there must be no evidence as to why or how the occurence took place. If there is, then appeal to *res ipsa loquitur* is inappropriate, for the question of the defendant's negligence must be determined on that evidence.

[4] [1972] S.C.R. 165.

Les appelants sont donc obligés d'invoquer en leur faveur la règle de preuve connue sous la désignation de *res ipsa loquitur*. La nature de celle-ci dans une cause de responsabilité non médicale a été étudiée par le juge Ritchie, parlant au nom de la Cour, dans *Frank Hellenius et Rock Leclerc c. Thomas Lees*[4] à la p. 171:

On a soutenu au nom des appelants que c'était un cas de *res ipsa loquitur* et que, pour ce motif, c'est au défendeur qu'il incombait au départ de prouver qu'il n'y avait pas eu négligence. Je dois tout d'abord dire qu'à mon avis les faits de cette affaire ne permettent pas de fonder cette prétention. La soi-disant règle contenue dans l'expression latine *res ipsa loquitur* n'est rien de plus qu'une règle de preuve et n'exprime aucun principe de droit. Le juge en chef Erle, dans son jugement dans *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.*, (1865) 3 H. & C. 596, à la page 601, 159 E.R. 665, a commodément et péremptoirement exprimé la règle lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Il doit y avoir une preuve raisonnable de négligence.

Mais lorsqu'il apparaît que la chose est sous la direction du défendeur ou de ses préposés, et que l'accident est de ceux qui n'arrivent ordinairement pas si ceux qui ont la direction prennent des précautions convenables, cela présente, faute d'explication de la part des défendeurs, une preuve raisonnable que l'accident est imputable à un manque de précaution.

Je trouve que les restrictions inhérentes à la théorie ainsi énoncée sont correctement formulées dans *Clerk & Lindsell on Torts*, 13e éd., par. 967, à la p. 968, où il est dit ceci:

[TRADUCTION] La théorie entre en jeu: (1) lorsque la chose qui a causé le dommage est uniquement sous la direction et en le pouvoir du défendeur, ou de quelqu'un dont il est responsable ou qu'il a le droit de diriger; (2) les circonstances sont telles que l'accident n'aurait pu se produire s'il n'y avait eu négligence. Si ces deux conditions se rencontrent, il s'ensuit, selon la prépondérance des probabilités, que le défendeur ou la personne dont il est responsable a dû être négligent. Il existe cependant une autre condition de caractère négatif; (3) il ne doit exister aucune preuve quant aux causes ou aux circonstances de ce qui s'est produit. Si cette preuve-là existe, il ne convient pas de recourir à la règle *res ipsa loquitur*, car c'est sur cette preuve que la détermination de la question de négligence doit se fonder.

[4] [1972] R.C.S. 165.

In a medical case, namely *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*[5], Pigeon J., speaking for the Court, had this to say about the rule: (at p. 749)

[TRANSLATION] The only point to be considered, therefore, is whether the evidence was sufficient to support the conclusion that, in all probability, what happened would not have occurred, in the absence of fault. I use the words "in all probability", because it is clear that when Taschereau J., in the above quoted passage, said "it is evident", he was not intending to require a degree of certainty beyond the standard used in civil cases, i.e., reasonable probability. We are not dealing here with the certainty beyond reasonable doubt which is required only in criminal matters. Much less, may we require mathematical certainty, a demonstration excluding all other probabilities.

*Res ipsa loquitur* was applied recently in a medical case, namely in *William Gordon Finlay and Nancy Jean Finlay v. Benson Auld*[6]. Having weighed all of the evidence, this Court came to the conclusion, confirming the courts below, that the doctor had rebutted any inference of negligence created by the application of the rule.

To be complete, I wish to refer to *Hôtel-Dieu de Montréal v. Couloume*[7], where the rule was again examined but in a different context.

In my view, the rule applies in the present case and the jury was entitled to take it into consideration. Still the entire evidence must be examined to determine whether or not the jury acting judicially could reach a verdict of negligence.

The evidence has been painstakingly reviewed by Cooper J. and I wish to quote the following extract from his notes:

The appellant used in the first operation the hammer and chisel method of performing a mastoidectomy, with an operating loupe described as magnifying

[5] [1969] S.C.R. 745.
[6] [1975] 1 S.C.R. 338.
[7] [1975] 2 S.C.R. 115.

Dans une affaire de responsabilité médicale, à savoir l'arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*[5], le juge Pigeon, parlant au nom de la Cour, a dit ce qui suit au sujet de cette règle: (à la p. 749)

Il faut donc uniquement rechercher si la preuve faite était suffisante pour permettre de conclure qu'en toute probabilité ce qui s'est produit ne serait pas arrivé en l'absence de faute. Je dis «en toute probabilité» car il est clair que lorsque dans le texte ci-dessus cité le Juge Taschereau dit «il est évident», il n'entend pas exiger un degré de certitude autre que celui qui doit servir à juger les causes civiles, soit une probabilité raisonnable. Il ne s'agit pas d'une certitude hors de tout doute raisonnable qui est exigée en matière criminelle seulement. Encore moins peut-on exiger une certitude mathématique, une démonstration qui exclut toute autre probabilité.

La règle *res ipsa loquitur* a été appliquée récemment dans une affaire de responsabilité médicale, à savoir l'arrêt *William Gordon Finlay et Nancy Jean Finlay c. Benson Auld*[6]. Ayant examiné l'ensemble de la preuve, cette Cour en est venue à la conclusion, confirmant la décision des cours d'instance inférieure, que le médecin avait réfuté toute présomption de négligence créée par l'application de la règle.

Pour être complet, je désire mentionner l'arrêt *Hôtel-Dieu de Montréal c. Couloume*[7], où la règle a encore une fois été examinée mais dans un contexte différent.

A mon avis, la règle s'applique en l'espèce et le jury avait droit de la prendre en considération. Néanmoins la preuve entière doit être étudiée afin de déterminer si le jury, agissant de façon judiciaire, pouvait rendre un verdict de négligence.

La preuve a été minutieusement analysée par M. le juge Cooper et je désire citer le passage suivant de ses notes:

[TRADUCTION] L'appelant a employé au cours de la première opération la méthode du marteau et du ciseau pour pratiquer une mastoïdectomie, utilisant

[5] [1969] R.C.S. 745.
[6] [1975] 1 R.C.S. 338.
[7] [1975] 2 R.C.S. 115.

glasses mounted on glasses frames. The glasses give two and one-half times magnification at a distance of eight or nine inches from the eye. The operation was done under general anaesthetic.

Facial paralysis having developed, Dr. Shane was called in by respondent to correct the situation if possible. He described as follows his intervention:

Q. And you examined the nerve in the area of the bridge?

A. Yes, and I then proceeded to dissect the bone away from the nerve following up what we called the oval window—over what we call the oval window and the labyrinth and I couldn't see any reason for the nerve to be injured there and I also proceeded downward around the sternomastoid formanen canal—that canal and formanen because I was at a loss to find out just what had happened and I spent pretty near three hours before I could find out that there were two small bone chips in the nerve, but I lifted the nerve up out of this canal to see and that was the time that I saw these two small bone chips there and they are very difficult to see when you are dealing with a white bone and with a white nerve and with a white bone chip.

In cross-examination, he again explained what he did:

Q. Can you just tell me again what occurred, then?

A. Well, we opened the mastoid from the back this time because it had already been done from the front; we cut through the various muscles to get down to the area concerned; I removed what was left of Doctor Tenderenda's packing; and, I must say that my notes on that operation are brief. First of all, the nerve where one would expect it to be cut or injured was frayed and I couln't be sure just what had happened there and so we went further up into the middle ear and then uncapped the nerve over the stapes and I didn't see anything wrong with that part of it either and so I decided to go further down. I went down the stylo-mastoid canal and I could see nothing there and so I went back to where I would have thought trouble would be in the area of the bridge or attic area around the semi-circular canal and lifting around and looking at

une loupe binoculaire chirurgicale décrite comme étant des verres grossissants enchâssés dans une monture. Les verres, à une distance de huit à neuf pouces des yeux, donnent un grossissement de deux fois et demie. L'opération a été faite sous anesthésie générale.

Il s'ensuivit une paralysie faciale et l'intimé a fait appel au Dr Shane pour remédier à la situation si cela était possible. Celui-ci a décrit comme suit son intervention:

[TRADUCTION] Q. Avez-vous examiné le nerf dans la région du pont?

R. Oui et j'ai procédé ensuite à séparer l'os du nerf en suivant ce que nous appelons la fenêtre ovale—au-dessus de ce que nous appelons la fenêtre ovale et le labyrinthe et je ne pouvais voir comment le nerf aurait pu être endommagé à cet endroit et j'ai ensuite procédé vers le bas autour du canal du trou sterno-mastoïdien-ce canal et ce trou parce que j'avais de la peine à déterminer ce qui s'était réellement produit et j'ai passé près de trois heures avant de pouvoir trouver qu'il y avait deux petits éclats d'os dans le nerf, mais j'ai retiré le nerf de ce canal pour regarder et c'est là que j'ai vu ces deux petits éclats d'os à cet endroit et ils étaient très difficiles à voir parce que vous êtes en présence d'un os blanc et d'un nerf blanc et d'un éclat d'os blanc.

En contre-interrogatoire il a de nouveau expliqué ce qu'il a fait:

[TRADUCTION] Q. Pouvez-vous me dire encore ce qui est arrivé, alors?

R. Bien, nous avons ouvert la mastoïde à l'arrière cette fois parce qu'on avait déjà opéré à l'avant; nous sommes passés à travers différents muscles afin de parvenir à la zone visée; j'ai enlevé ce qui restait du pansement du Docteur Tenderenda; et je dois dire que mes notes sur cette opération sont brèves. D'abord, le nerf qu'on se serait attendu à voir coupé ou endommagé était éraillé et je n'étais pas exactement certain de ce qui s'était produit là, aussi nous sommes allés plus loin dans l'oreille moyenne et nous avons ensuite mis le nerf à découvert au-dessus de l'étrier et je ne pouvais rien voir d'anormal dans cette partie-là du nerf non plus et alors j'ai décidé d'aller plus loin. Je suis descendu dans le canal stylo-mastoïdien et je ne pouvais rien voir là et je suis donc retourné où j'aurais pensé que le malaise aurait été situé dans la région du pont

that I finally found two bone chips, which we sent to the lab.

He had previously underlined "how close you are to the various structures when you are working in this small area of one to two to three millimetres and where the nerve is the size of a piece of twine, we'll say, and where you have a diseased bone to start with."

When asked to comment on the methods followed by Dr. Tenderenda in the first stages of the operation, Dr. Shane stated that he approved of those methods. Later on, in his testimony in cross-examination, we find the following question: "In your opinion, Doctor, was this operation which was performed by Doctor Tenderenda a competent operation?" Answer: "I would say so, yes."

These answers by Dr. Shane put to rest the suggestion by appellants that the hammer and chisel method should not have been used. To be fair, I must add that this submission was not really pressed before this Court.

However, it was repeatedly suggested that having used that method, respondent was in a more difficult position and knew or should have known that chips on the nerve were to be expected and that this expectation would not have been in existence if another method had been used, namely the drill and microscope one. Here again, Dr. Shane had something to say this time in answer to a question put by the Court:

Q. Could chips be brought about if the work is done in the other manner?

A. What, with the drill? No.

Q. Yes, yes, with the drill?

A. Well, no, there you don't get bone chips but you get bone dust which in itself is just as bad as bone chips there, if you want to look at it that way, although today one colleague is collecting bone dust to build a new meatal wall. They do

ou la région de l'attique autour du canal semi-circulaire et en déplaçant et regardant autour j'ai finalement trouvé deux éclats d'os, qui ont été envoyés au laboratoire.

Il avait auparavant souligné [TRADUCTION] «combien vous êtes près des différentes structures lorsque vous travaillez dans cet endroit exigu de un à deux ou trois millimètres et où le nerf est de la grosseur d'un gros fil, disons, et alors qu'au départ vous faites face à un os malade.»

Lorsqu'on lui a demandé de commenter les procédures suivies par le Dr Tenderenda dans les premières phases de l'opération, le Dr Shane a déclaré qu'il approuvait ces procédures. Plus tard, dans son témoignage lors du contre-interrogatoire, nous trouvons la question suivante: [TRADUCTION] «Selon vous, Docteur, l'opération qu'a pratiquée le Docteur Tenderenda a-t-elle été faite avec compétence?» Réponse: «Je répondrais par l'affirmative, oui».

Ces réponses par le Dr Shane règlent le sort de la prétention des appelants que la méthode du marteau et du ciseau n'aurait pas dû être employée. Pour être juste, je dois ajouter que cette prétention n'a pas été réellement mise de l'avant devant cette Cour.

Cependant, on a prétendu à maintes reprises qu'ayant employé cette méthode, l'intimé était dans une situation plus difficile et qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il pouvait s'attendre à ce qu'il y ait des éclats d'os sur le nerf, ce qui n'aurait pas été le cas s'il avait employé une autre méthode, soit la fraise et la micro-chirurgie. Ici encore, le Dr Shane a eu quelque chose à dire, cette fois en répondant à une question du tribunal:

[TRADUCTION] Q. Est-ce qu'il pourrait y avoir des éclats si l'intervention est faite de l'autre façon?

R. Quoi, avec la fraise? Non.

Q. Oui, oui, avec la fraise?

R. Bien, non, alors vous n'avez pas d'éclats d'os mais vous avez de la poussière d'os qui en elle-même est autant nuisible que des éclats d'os à cet endroit, si vous voulez regarder cela de cette façon, bien qu'aujourd'hui un collègue

all sorts of things different today than they ever done two years ago, you know.

When dealing with the source of the bone chips, respondent and Dr. Shane were unable to do more than to offer a list of possibilities. One thing is certain, however, namely that the chips were the result of the operation. Again, reference must be made here to the evidence of Dr. Shane:

Q. All right. Now, please go back to my question: chips can be brought about by what? By the gouging of—

A. By the chiselling of that area or by a gouge or chisel and you usually use a chisel.

Q. And how else?

A. And also with a fracture in that area you could disrupt the facial nerve and when you chisel it you can also fracture it.

Q. You can fracture it?

A. Yes, and you must take that area down in order to do the radical mastoid and exteriorize the whole cavity.

Q. Now, are there any other causes for chips?

A. Yes. We have air cells and this mastoid happens to be very, very sclerotic; I have knowledge of that. You might knock off another piece and it falls down out of your view.

Q. Out of your what?

A. Out of your view. You are dealing with a kidney-shaped cavity here, it's just like a kidney bean in shape, and the bridge is the middle of that kidney bean and, in order to join those two together, the kidney bean of which the middle ear, or the tympanum as he called it, and the mastoid antrum area, you must remove the bridge between the two.

Q. Then are these the only ways these chips can come about?

A. Or when you are curetting the air cells that are there or hitting them with a hammer and gouge you might fracture off little pieces of dense, hard bone. I don't know of any other way that you could get bone chips and I think perhaps that would be the only way.

recueille la poussière d'os pour construire une nouvelle paroi de passage. Ils font aujourd'hui toutes sortes de choses qu'ils n'auraient pas faites il y a deux ans, vous savez.

Lorsqu'ils ont traité de la provenance des éclats d'os, l'intimé et le Dr Shane ont été incapables de faire plus que d'offrir une liste de possibilités. Une chose est certaine, cependant, les éclats d'os provenaient de l'opération. On doit encore renvoyer au témoignage du Dr Shane:

[TRADUCTION] Q. Très bien. Maintenant, revenez à ma question: les éclats d'os peuvent avoir été produits par quoi? Par la ciselure à la gouge de—

R. Par la ciselure de cette région ou par une gouge ou un ciseau et vous utilisez habituellement un ciseau.

Q. Et de quelle autre façon?

R. Et aussi avec une fracture dans cette région vous pouvez rompre le nerf facial et lorsque vous la ciselez vous pouvez aussi la fracturer.

Q. Vous pouvez la fracturer?

R. Oui et vous devez descendre cette partie pour procéder à la mastoïdectomie radicale et mettre à découvert la cavité complète.

Q. Maintenant, les éclats peuvent-ils avoir d'autres causes?

R. Oui. Nous avons des cellules d'air et cette mastoïde se trouvait à être très, très sclérosée; j'en ai eu connaissance. Vous pouvez faire tomber un autre morceau et il glisse hors de votre champ de vision.

Q. Hors de votre quoi?

R. Hors de votre champ de vision. Ici vous êtes en présence d'une cavité tubulaire, qui a exactement la forme d'un haricot nain, et le pont est le centre de ce haricot et, afin de joindre ces deux-là ensemble, le haricot nain dont l'oreille moyenne, ou le tympan comme il l'appelle, et la région de l'antre mastoïdien, vous devez enlever le pont entre les deux.

Q. Alors ce sont là les seules façons qui peuvent produire des éclats d'os?

R. Ou lorsque vous faites le curetage des cellules d'air qui sont là ou que vous les frappez avec un ciseau et une gouge vous pouvez briser de petits morceaux d'os dur et dense. Je ne connais aucune autre façon qui pourrait produire des éclats d'os et je pense que peut-être celle-là serait la seule façon.

Whatever the exact source of the chips, the evidence, in my view, does not justify a conclusion of negligence. The two tiny bone chips were approximately of the same colour as the surrounding area and could only be found during the second operation which lasted three hours and which had been undertaken precisely to find the cause of the problem. To reach these tiny bone chips, Dr. Shane had to lift the nerve.

The evidence through Dr. Shane again also discloses that facial nerve paralysis is not unfortunately an uncommon thing in an operation of this type and Dr. Shane states that "one in every hundred such operations" gives rise to complications of one type or another.

Taking all of the evidence together and not only those parts mentioned in these notes, I cannot but come to the conclusion expressed as follows by Cooper J. in the Court of Appeal:

I reiterate that the jury did not find that Dr. Tenderenda was negligent in using the hammer and chisel method of performing the operation but rather that he failed in the standard of care required of him in the use of that method. I cannot find any evidence of such a failure. His procedure was approved of by Dr. Shane, the only medical witness apart from Dr. Tenderenda himself. That procedure did not involve the use of a microscope at any stage but rather the use of the operating loupe throughout. In my opinion, therefore, the jury's answer to the first question must be rejected as one which the jury, reviewing the evidence as a whole and acting judicially, could not have reached.

A last word. Plaintiffs-appellants have invoked with vigour the case of *Crits v. Sylvester*[8]. I simply wish to underline that this

[8] [1956] S.C.R. 991.

Quelle que soit la provenance exacte des éclats, la preuve, à mon avis, ne justifie pas une conclusion de négligence. Les deux minuscules éclats d'os étaient approximativement de la même couleur que la région où ils étaient situés et ils ont seulement pu être trouvés au cours de la deuxième opération qui a duré trois heures et qui avait été entreprise précisément pour trouver la cause du malaise. Pour parvenir à ces petits éclats d'os, le Dr Shane a dû soulever le nerf.

Encore selon le témoignage du Dr Shane, il apparaît que la paralysie du nerf facial n'est pas malheureusement une chose inhabituelle dans une opération de ce genre et le Dr Shane a déclaré que [TRADUCTION] «une opération sur cent» donne naissance à des complications d'un genre ou d'un autre.

Considérant l'ensemble de la preuve et non pas seulement les parties de celle-ci qui sont mentionnées dans les présentes notes, je ne puis qu'en arriver à la conclusion qu'a exprimée comme suit M. le juge Cooper à la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Je réitère que la conclusion du jury n'a pas été que le Dr Tenderenda avait été négligent en décidant de recourir à la méthode du marteau et du ciseau pour pratiquer l'opération mais a été plutôt que le docteur n'avait pas respecté, en utilisant cette méthode, les normes de précaution qu'on requérait de lui. Je ne puis trouver aucune preuve d'un tel manquement. Sa procédure a été approuvée par le Dr Shane, le seul témoin médical en plus du Dr Tenderenda lui-même. Cette procédure n'implique l'usage d'un microscope en aucun moment mais plutôt l'usage de la loupe binoculaire chirurgicale en tout temps. A mon avis, par conséquent, la réponse du jury à la première question doit être rejetée comme une réponse que le jury, examinant l'ensemble de la preuve et agissant de façon judiciaire, ne pouvait donner.

Un dernier mot. Les demandeurs-appelants ont invoqué avec insistance l'arrêt *Crits c. Sylvester*[8]. Je désire simplement souligner que cette

[8] [1956] R.C.S. 991.

Court on that occasion limited itself to determine liability on the facts disclosed by the evidence which were an explosion, in an operating room, of gas used as an anaesthetic. This Court did not go any further nor did it adopt all of the reasons of the court below.

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Spence and Dickson JJ. was delivered by

SPENCE J. —This is an appeal from the judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia pronounced on June 15, 1973. By that judgment, the said Appeal Division allowed an appeal from the judgment given by Dubinsky J. after the trial of the action upon the jury's answers to questions. Dubinsky J. granted judgment for the male plaintiff for $104.35 and for the female plaintiff, the appellant in this Court, for $20,000 for general damages. The judgment of the Appeal Division dismissed the action.

Notice of appeal to this Court was filed only on behalf of the appellant Sylvia Eady and no application for leave to appeal was made on behalf of Delbert Eady, her husband, whose judgment for $104.35 for special damages obtained at trial had, of course, been reversed by the Appeal Division.

The plaintiff, a young married woman, suffered from repeated and severe earaches. She consulted her family physician, Dr. Weir, who, after some treatment, referred her to the respondent, Dr. T. Tenderenda, who was a specialist in ear, nose and throat surgery. I shall outline the latter's qualifications later. The respondent carried on clinical tests which convinced him that the appellant suffered from exacerbation of the left ear amounting to infection and extending into the mastoid. He caused the appellant to be x-rayed at the Dartmouth Medical Centre on August 21, 1969. The x-ray showed that the bone was mostly sclerotic; that means there were no cells or very few cells

Cour à cette occasion-là s'est limitée à décider la responsabilité selon les faits révélés par la preuve: un gaz dont s'était servi un anesthésiste avait fait explosion dans une salle d'opération. Cette Cour n'est pas allée plus loin et elle n'a pas non plus fait siens tous les motifs du tribunal dont appel.

Pour les raisons mentionnées ci-dessus, je serais d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Le jugement des juges Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse prononcé le 15 juin 1973. Par cet arrêt, ladite Division d'appel a accueilli un appel du jugement que le juge Dubinsky a rendu après avoir entendu la cause, d'après les réponses aux questions soumises au jury. Le juge Dubinsky a rendu jugement en faveur du demandeur pour $104.35 et en faveur de la demanderesse, l'appelante en cette Cour, pour $20,000 pour dommages généraux. L'action a été rejetée par l'arrêt de la Division d'appel.

Un avis d'appel à cette Cour a été produit au nom de l'appelante Sylvia Eady seulement et il n'y a pas eu de requête pour autorisation d'appeler faite au nom de Delbert Eady, son mari, dont le jugement de $104.35 obtenu en première instance pour dommages spéciaux avait, évidemment, été infirmé par la Division d'appel.

La demanderesse, une jeune femme mariée, souffrait fréquemment de graves maux d'oreilles. Elle consulta son médecin de famille, le Dr Weir, qui après l'avoir traitée l'envoya voir l'intimé, le Dr T. Tenderenda, qui était un spécialiste en chirurgie des oreilles, du nez et de la gorge. Je parlerai plus loin des compétences professionnelles de ce dernier. L'intimé a procédé à des tests cliniques qui l'ont convaincu que l'appelante souffrait d'exacerbation de l'oreille gauche allant jusqu'à l'infection et atteignant la région mastoïde. Il a fait prendre des radiographies de l'appelante au centre médical de Dartmouth, le 21 août 1969. Celles-ci ont montré que l'os était en grande partie sclérosé;

which, if present, were abnormally small, so that they could not be detected from the x-ray. Dr. Tenderenda testified that this condition is accompanied by a long-duration infection and that one area which he called the "attic" which is just above the drum of the ear was translucent in appearance. He testified that this normally suggests that there is a destructive process going on in that area and since that area is next to the envelope of the brain and very close to a semi-circle of facial canals, it is a dangerous area. Dr. Tenderenda advised the appellant that she should have an operation for this mastoid condition and warned her of the dangers such as meningitis, encephalitis, etc., which could be brought on by a failure to treat the condition surgically. Dr. Tenderenda did not advise the appellant of any dangers attendant upon the operation and the appellant has testified that she did not put any such questions to him.

The respondent carried out the operation on the appellant on October 8, 1969. It appeared quite obvious to the respondent that the appellant had suffered a facial paralysis as a result of the operation and within a very short time he called in a Dr. Arthur G. Shane, a well-known otological surgeon in Halifax, who examined the appellant and determined that the ear would have to be reopened in order to determine the cause of the facial paralysis. This operation, carried out by Dr. Shane himself, with the respondent present, took place six days later. At that operation, Dr. Shane discovered the presence of two small white bone chips which had been pressing against the facial nerve. Dr. Shane removed those bone chips. The plaintiff has since that time only partially recovered from the facial paralysis and still suffers very grave defects.

The jury allowed the appellant $20,000 general damages and although that amount was made the subject of the appeal to the Appeal Division, the issue of damages was not argued in this Court.

cela signifie qu'il y avait absence de cellules ou s'il y en avait quelques-unes, elles étaient anormalement petites de sorte que les rayons X ne pouvaient pas les déceler. Le Dr Tenderenda a témoigné que cette condition s'accompagne d'une infection de longue durée et que la région qu'il a appelée l'«attique», située juste au-dessus de la caisse du tympan de l'oreille, était en apparence translucide. Il a témoigné que ceci indique normalement l'existence d'un processus actif de destruction dans cette région et comme celle-ci est contiguë à la membrane du cerveau et très près d'un demi-cercle de canaux faciaux, il s'agit d'une région critique. Le Dr Tenderenda a conseillé à l'appelante de se soumettre à une opération pour remédier à cette condition de la mastoïde et l'a prévenue des dangers tels que la méningite, l'encéphalite, etc. qui pourraient s'ensuivre si une intervention chirurgicale n'était pas effectuée. Le Dr Tenderenda n'a pas mentionné à l'appelante les dangers que présentait l'opération et l'appelante a témoigné qu'elle ne lui a pas posé de question à ce sujet.

L'intimé a pratiqué l'intervention chirurgicale sur la personne de l'appelante le 8 octobre 1969. Il a paru évident à l'intimé que l'appelante souffrait de paralysie faciale à la suite de l'opération et sans délai il a fait appel au Dr Arthur G. Shane, un chirurgien otologiste de renom à Halifax, lequel a examiné l'appelante et a conclu que l'oreille devrait être réouverte afin de trouver la cause de la paralysie faciale. Cette opération, effectuée par le Dr Shane lui-même, en présence de l'intimé, a eu lieu six jours plus tard. Au cours de cette opération, le Dr Shane a découvert la présence de deux petits éclats d'os blancs qui étaient pressés contre le nerf facial. Le Dr Shane a enlevé ces petits éclats d'os. Depuis, la demanderesse ne s'est rétablie que partiellement de sa paralysie faciale et elle souffre encore de graves déficiences.

Le jury a alloué à l'appelante $20,000 en dommages généraux et bien que le montant ait fait l'objet de l'appel à la Division d'appel, la question des dommages n'a pas été débattue en cette Cour.

The respondent was born in Poland and obtained his medical diploma in 1934 from the Medical University of Warsaw. After service as a regular Army Medical officer, he arrived in England in May 1947. After a certain length of time in training and internship in various hospitals and clinics, he wrote his examination for a diploma in Laryngology and Otology.

Holding the Diploma in Laryngology and Otology, the respondent came to Dartmouth, Nova Scotia, in August 1954. He is certified as an ear, nose, eye and throat specialist in the Province of Nova Scotia, having obtained his certificate in the year 1965. He had practised in various medical institutions in and around Halifax up to the time of this operation in October 1969.

A great deal of time was spent in all the courts, including this Court, in debating the methods used by the respondent in his operation on the appellant on October 9, 1969. The respondent had carried out about fifty-five mastoid operations of which twenty-five had been carried out in the Province of Nova Scotia between 1954 and 1969. The respondent had been trained to operate in the very narrowly confined area of the ear, and particularly the inner ear, by use of a procedure known as a surgical loupe. This consisted of spectacle frames in which was inserted a magnifying lens which when held about eight or nine inches from the surgeon's eyes would give what was described as "modification", the word would seem to mean "magnification", of two and a half times. That procedure was used by all ear surgeons up to recent date and would appear to be still used by many of them. The respondent knew of a further development which is described as microscopic surgery but professed to not having enough training in it to avail himself of that newer technique. The technique was described by Dr. Shane, the experienced otologist who carried out the second operation upon the appellant and who gave evidence on behalf of the respondent.

L'intimé est né en Pologne et a obtenu son diplôme médical en 1934 de l'université médicale de Varsovie. Après son service comme officier régulier du corps médical, il est arrivé en Angleterre en mai 1947. Après un certain laps de temps durant lequel il fit des périodes de stage et d'internat dans différents hôpitaux et cliniques, il passa ses examens pour un diplôme en laryngologie et en otologie.

Détenteur du diplôme en laryngologie et otologie, l'intimé est arrivé à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse, en août 1954. Il est un spécialiste certifié des oreilles, du nez, des yeux et de la gorge dans la province de Nouvelle-Écosse, ayant obtenu son brevet professionnel en 1965. Il avait pratiqué dans différentes institutions médicales d'Halifax et de la région jusqu'au moment de l'opération en octobre 1969.

On a passé beaucoup de temps dans toutes les cours, incluant cette Cour, à débattre les méthodes employées par l'intimé lorsqu'il a opéré l'appelante le 9 octobre 1969. L'intimé avait pratiqué environ quarante-cinq opérations de la mastoïde, parmi lesquelles vingt-cinq dans la province de Nouvelle-Écosse entre 1954 et 1969. L'intimé avait appris à opérer dans la partie étroitement restreinte de l'oreille, et particulièrement de l'oreille interne, en utilisant la méthode connue comme celle de la loupe binoculaire chirurgicale. Cette loupe consistait en une monture de lunettes dans laquelle était insérée une lentille grossissante qui, lorsque placée à environ huit ou neuf pouces des yeux du chirurgien, donnait ce qui a été décrit comme une «modification», le mot semblerait signifier «grossissement», de deux fois et demie. Cette méthode était employée par tous les chirurgiens otologistes jusqu'à récemment et elle semble être encore utilisée par nombre d'entre eux. L'intimé connaissait l'existence d'une autre méthode qui est appelée micro-chirurgie mais il a déclaré ne pas la connaître suffisamment pour employer lui-même cette nouvelle technique. La technique a été décrite par le Dr Shane, l'otologiste expérimenté qui a procédé à la seconde opération effectuée sur l'appelante et qui a témoigné en faveur de l'intimé.

Of late years, Dr. Shane has carried out far more operations in attempting to improve hearing rather than operations to relieve a chronic condition of mastoiditis. In the operations to which Dr. Shane devotes most of his time, it is necessary to use microscopic surgery. He testified that practically all doctors now use that form of surgery and that it is the only thing taught in medical schools today. Dr. Shane, however, would not agree that the surgical loupe type of surgery was not a perfectly proper method and, in fact, he himself used it in the first steps of his operation because he found that that type of surgery, which entailed the use of hammer and chisel, resulted in a much more rapid elimination of the bony cover before the actual operative site was reached. In the microscopic type of surgery on the ear, the dental drill or burr is used and Dr. Shane pointed out that there may be some difficulty in the use of that instrument as a doctor may encounter a dull drill or the drill, if not carefully handled, may cause the bone upon which the doctor is operating to become too heated. He did, however, agree that it is the duty of the surgeon to see that the drill is not dull and to exercise care to avoid overheating.

Au cours des dernières années, le Dr Shane a pratiqué beaucoup plus d'opérations visant à améliorer l'audition plutôt que des opérations visant à soulager d'une mastoïdite chronique. Dans les opérations auxquelles le Dr Shane consacre la plus grande partie de son temps, il est nécessaire d'employer la micro-chirurgie. Il a témoigné que pratiquement tous les médecins emploient maintenant cette méthode de chirurgie et qu'elle est la seule qui est enseignée aujourd'hui dans les écoles de médecine. Cependant, le Dr Shane n'admettrait pas que la chirurgie à l'aide de la loupe binoculaire n'était pas une méthode parfaitement régulière et, en fait, il l'a lui-même employée au début de son opération parce qu'il considérait que cette méthode, qui permettait l'utilisation du marteau et du ciseau, aboutissait à une élimination beaucoup plus rapide de la membrane osseuse avant de rejoindre l'endroit précis de l'intervention. Avec la méthode de micro-chirurgie de l'oreille, la fraise dentaire est utilisée et le Dr Shane a fait remarquer que l'usage de cet instrument peut présenter certaines difficultés; ainsi un médecin peut se trouver avec une fraise émoussée, ou encore, la fraise, si elle n'est pas maniée attentivement, peut faire en sorte que l'os sur lequel le médecin opère devienne surchauffé. Il a, cependant, admis qu'il était du devoir du chirurgien de s'assurer que la fraise n'était pas émoussée et de prendre les précautions pour éviter la surchauffe.

There may be some significance in the fact that Dr. Shane, in the second operation, where he entered the ear through a different opening rather than merely opening up the stitches in the previous wound, did not use a loupe to go through the bone but used microscopic surgery and a dental drill.

Le fait que le Dr Shane, dans la seconde opération, alors qu'il a pénétré à l'intérieur de l'oreille par une ouverture différente plutôt que de simplement ouvrir les points de suture de l'incision précédente, n'a pas utilisé une loupe pour percer l'os mais a procédé selon la méthode de micro-chirurgie et s'est servi d'une fraise dentaire, peut avoir quelque signification.

Of course, the great advantage of microscopic surgery is, as the name implies, you are looking at a very small area with the aid of a microscope which gives many times over the two and a half degrees of magnification which is provided by the surgical loupe. Therefore, as both Dr. Shane

Naturellement, le grand avantage de la micro-chirurgie est, comme le nom l'indique, que vous regardez une région très petite en utilisant un microscope qui donne une amplification de beaucoup supérieure au grossissement de deux et demi que permet la loupe binoculaire. Par

and the respondent agreed, you could see the area very much clearer.

After this very short reference to a mass of evidence with reference to the two surgical procedures, I return to the appellant's first operation. The respondent testified that after having cut through the soft tissues, he exposed the bone right behind the ear canal, which is the normal way of gaining access to the mastoid bone. He chiselled out the bone until he came to the somewhat larger cells which normally represent the antrum and went along this antrum superiorally and anterioraly until the tympanum was found and the bone along this part removed. The respondent emphasized that at this particular point, the facial nerves are very close, only one twenty-fifth of a millimetre away from the area in which he was working. The respondent testified that the facial nerves are usually within a bony tube-like structure and that he never saw the facial nerve at any time during the operation and that he certainly did not sever the nerve. He was sure that he had not exposed the facial nerve but he could not state that the nerve was not exposed as it would most likely have been by the process of the disease. In the course of his surgery, the respondent located and removed much bone which he described as brittle so that, when he applied the chisel to it, it did not break in the direction he tried to chisel off but rather went in a different direction. The bone condition which he described as "sclerotic" was caused by the processes of the disease. The respondent removed all of the diseased bone which he could find until he got down to the solid bone and in the attic of the middle ear he found the condition which had previously been reported by the x-ray and he removed tissue there. The ear drum itself was practically gone but the remnants of the ear drum were there so that he removed them and then carried out an inspection. The respondent completed the operation by using hydrogen peroxide in order to control the bleeding and clean the area, particularly the attic where there was too much bleeding to control otherwise and then he testified: ". . .

conséquent, sur quoi le Dr Shane et l'intimé ont tous deux été d'accord, vous pouvez voir l'endroit de façon beaucoup plus claire.

Après ce très bref renvoi à une preuve abondante relative aux deux méthodes chirurgicales, je retourne à la première opération de l'appelante. L'intimé a témoigné qu'après s'être frayé un chemin à travers les tissus mous, il a mis à découvert l'os qui se trouve juste derrière le canal auditif, ce qui est la façon normale de rejoindre l'os mastoïdien. Il a coupé l'os au ciseau jusqu'à ce qu'il arrive à des cellules un peu plus grandes qui normalement représentent l'antre mastoïdien et il a poursuivi le long de cet antre, dans sa partie supérieure et sa partie inférieure, jusqu'à ce qu'il trouve le tympan et enlève l'os près de celui-ci. L'intimé a insisté qu'à cet endroit particulier, les nerfs faciaux sont très près, à seulement un vingt-cinquième de millimètre de l'endroit où il travaillait. L'intimé a témoigné que les nerfs faciaux sont habituellement dans une structure osseuse de forme tubulaire et qu'il n'a en aucun temps durant l'opération vu le nerf facial et qu'il n'a certainement pas sectionné le nerf. Il est certain qu'il n'a pas mis à découvert le nerf facial mais il ne peut dire que le nerf n'était pas à découvert, car il a dû en toute probabilité l'être par l'évolution de la maladie. Au cours de son opération, l'intimé a repéré et enlevé beaucoup d'os, de l'os qu'il a décrit comme cassant de sorte qu'en appliquant le ciseau à l'os celui-ci ne brisait pas dans le sens dans lequel il tentait de le tailler mais plutôt déviait dans une direction différente. La condition osseuse qu'il a décrite comme «sclérosée» résultait de l'évolution de la maladie. L'intimé a enlevé tout l'os affecté qu'il a pu trouver jusqu'à ce qu'il atteigne l'os solide et, dans l'attique de l'oreille moyenne, il a trouvé le mal qui avait été antérieurement diagnostiqué par les rayons X et il a enlevé du tissu à cet endroit. La caisse du tympan elle-même était pratiquement détruite mais les débris de celle-ci étaient là de sorte qu'il les a enlevés et ensuite il a effectué une inspection. L'intimé a complété l'opération en se servant de peroxyde d'hydrogène afin de contrôler le saignement et nettoyer la région, particulièrement l'attique où

and I couldn't find anything after this inspection and so I put the dressing into the ear and . . .". The respondent testified that during the course of this inspection he did not see the facial nerve.

As I shall describe hereafter, in the second operation, Dr. Shane discovered the two small white bone chips, and the respondent, in his testimony, gave as his opinion that these bone chips had come from the area surrounding the mastoid bone. They may have been small particles eaten by the process of the disease and pointing out, I presume that the witness meant "protruding", and they may very easily have been dislodged during the operation or during the packing of the ear with the dressing.

There is a conflict in the evidence between the appellant and Dr. Shane as to what occurred during his, Dr. Shane's, first examination of the appellant at the request of the respondent. The appellant testified that when Dr. Shane pointed out to her her paralyzed face condition and had her look into a mirror, he told her that he suspected the presence of bone chips in the operative site. Dr. Shane, on the other hand, cannot remember making this statement but was rather of the opinion that he would first think up three other reasons. It matters not whether Dr. Shane said this to the appellant because when Dr. Shane did operate he did discover the bone chips. That operation, as I have said, took place six days after the first operation, and Dr. Shane carried out the operation with the aid of microscopic surgery and the dental drill.

Dr. Shane testified that so soon as he opened up the area he saw the exposed facial nerve but he could not say whether it was exposed because of a surgical procedure or because of the process of the disease, being inclined to the latter view. He testified that the nerve at the point where one would expect it to be cut or injured was frayed but he could not be sure what had happened there so he went further up through the middle ear and in fact spent nearly

l'écoulement du sang était trop considérable pour être contrôlé autrement et ensuite il a témoigné: [TRADUCTION] «. . . et je n'ai pu rien trouver après avoir fait cette inspection et j'ai mis le pansement dans l'oreille et . . . ». L'intimé a témoigné qu'il n'a pas vu le nerf facial au cours de cette inspection.

Comme je vais le décrire ci-après, lors de la seconde opération, le Dr Shane a trouvé deux petits éclats d'os blancs, et l'intimé, dans son témoignage, a déclaré qu'à son avis ces éclats d'os provenaient de la région autour de l'os mastoïdien. Il se peut qu'ils aient été de petites particules rongées par l'évolution de la maladie et ressortant, je suppose que le témoin veut dire «faisant saillie», et ils ont pu être facilement délogés au cours de l'opération ou en introduisant le pansement dans l'oreille.

Il y a contradiction entre les témoignages de l'appelante et du Dr Shane relativement à ce qui s'est produit lorsque le médecin Shane a procédé à son premier examen de l'appelante à la demande de l'intimé. L'appelante a déclaré que lorsque le Dr Shane a examiné l'état de son visage paralysé et l'a fait se regarder dans un miroir, il lui a dit qu'il soupçonnait la présence d'éclats d'os au lieu de l'opération. En revanche le Dr Shane ne peut pas se rappeler avoir fait cette déclaration mais était plutôt d'avis qu'il aurait d'abord songé à trois autres raisons. Ce qu'a dit le Dr Shane à l'appelante est sans importance puisque lorsqu'il a opéré il a découvert les éclats d'os. Cette opération comme je l'ai dit, s'est effectuée six jours après la première, et le Dr Shane a pratiqué l'opération selon la méthode de micro-chirurgie et en se servant de la fraise dentaire.

Le Dr Shane a témoigné qu'aussitôt qu'il a ouvert la région il a vu le nerf facial à découvert mais il n'a pas pu dire si le nerf était à découvert à cause d'un acte chirurgical ou à cause de l'évolution de la maladie, étant porté à favoriser ce dernier point de vue. Il a déclaré que le nerf à l'endroit où l'on se serait attendu qu'il soit coupé ou endommagé, était éraillé mais il ne pouvait être certain de ce qui s'était produit là de sorte qu'il continua plus loin dans l'oreille

three hours before he could find that there were two small bone chips in the nerve. He testified that he "lifted the nerve up out of the canal to see and that was the time that I saw these two small bone chips there and they were very difficult to see when you are dealing with a white bone and with a white nerve and with a white bone chip". I am of the view that too much emphasis is being placed on the fact that Dr. Shane only discovered these two small white bone chips after three hours of investigation because those three hours of investigation were spent not in looking for the bone chips but in searching along the nerve to see if the nerve had been severed at any place and it was only when he failed, after a very thorough search, to find such severance, that he returned to the place where, as he put it, one would have expected trouble, that is, where the nerve had been frayed and at that point, upon lifting the nerve, he found the bone chips pressed into the nerve. The respondent, who was present when Dr. Shane performed the second operation, testified that those two chips were between the packing and the nerve and said it was probable they had been compacted against the nerve by the packing, although the packing normally was a loose one and not a tight one. Dr. Shane removed the two offending bone chips but the plaintiff has failed to make full recovery from her condition of facial paralysis and the jury upon the whole of the evidence awarded her general damages of $20,000.

The learned trial judge's charge to the jury at the close of the evidence at the trial was the subject of some comment and criticism by counsel for the respondent before the Appeal Division but the Appeal Division found no fault with that charge nor can I find any fault with it in so far as the enunciation of the law is concerned. The learned trial judge particularly instructed the jury that they were entitled to use the doctrine of *res ipsa loquitur* in their consideration of the evidence. This course was approved by Cooper J.A. in the Appeal Division

moyenne et en fait travailla presque trois heures avant qu'il ne puisse trouver deux petits éclats d'os dans le nerf. Il a déclaré qu'il a [TRADUCTION] «retiré le nerf du canal pour regarder et que c'est alors que j'ai vu deux petits éclats d'os à cet endroit et ils étaient très difficiles à voir lorsque vous êtes en présence d'un os blanc et d'un nerf blanc et d'un éclat d'os blanc.» Je suis d'avis qu'on insiste trop sur le fait que le Dr Shane a découvert ces deux petits éclats d'os seulement après trois heures de recherche parce que ces trois heures de recherche ont été passées non pas à chercher les éclats d'os mais à examiner le long du nerf pour voir si celui-ci avait été sectionné à quelque endroit et c'est seulement lorsqu'il n'a pu, après une recherche très minutieuse, trouver de sectionnement, qu'il est retourné à l'endroit où, comme il l'a mentionné, on pouvait soupçonner l'existence d'une affection, c'est-à-dire, là où le nerf avait été éraillé et c'est à cet endroit, en soulevant le nerf, qu'il a trouvé les éclats d'os pressés contre le nerf. L'intimé, qui était présent lorsque le Dr Shane a effectué la seconde opération, a déclaré que ces deux éclats d'os étaient entre le pansement et le nerf et a dit qu'il était probable qu'ils avaient été tassés contre le nerf par le pansement, bien qu'il s'agisse normalement d'un pansement lâche et non pas d'un pansement serré. Le Dr Shane a enlevé les deux éclats d'os, cause du malaise, mais la demanderesse n'a pu se remettre complètement de sa paralysie faciale et le jury, en se fondant sur l'ensemble de la preuve, lui a accordé des dommages généraux de $20,000.

Les directives du juge au jury à la fin de la preuve au procès ont été le sujet de quelques commentaires et critiques devant la Division d'appel par l'avocat de l'intimé mais la Division d'appel n'a pas trouvé d'erreur dans les directives et je n'en vois pas non plus en ce qui concerne l'énoncé des règles de droit. Le savant juge de première instance a de façon particulière dit au jury que ce dernier avait le droit de recourir à la théorie de la *res ipsa loquitur* en considérant la preuve. Cette façon de voir a été approuvée par le juge d'appel Cooper à la Divi-

and I am of the opinion that the case is a proper one for the application of the maxim.

The learned trial judge was free, however, to give his view of what facts the evidence established so long as he was careful to point out to the jury that it was his own personal view and the learned trial judge certainly did so. I quote:

I am saying this all the time so that there will be no doubt in your minds, but, in my opinion, all the medical evidence that was presented carefully and systematically by the Defendant and by Doctor Shane, and which is quite fresh in your minds, leads me to say and leads me to believe that the radical mastoidectomy which Doctor Tenderenda performed demonstrated that there was no negligence whatsoever in the operation itself, nor in his post-operative treatment of the patient.

The learned trial judge also pointed out to the jury that there was no evidence whatsoever that the delay of six days between the first operation by the respondent and the second by Dr. Shane caused the appellant any damage. He then turned to what he termed the crux of the case: the question whether Dr. Tenderenda should have operated on the appellant at all or whether, realizing the deficiencies of the older method of surgical loupe plus hammer and chisel which he alone was qualified to use, he should have called upon some other surgeon to use the modern microscopic method. The learned trial judge put to the jury this question:

Was Doctor Tenderenda in breach of a duty to take care, insofar as his patient, Mrs. Eady, was concerned when he went into the operating room and operated upon her, as he was accustomed to do and as he has done some fifty odd times in the past over the experience that he had?

The learned trial judge put these questions to the jury:

QUESTIONS FOR THE JURY

Q. 1 Was there any negligence on the part of the Defendant to the female Plaintiff? Answer "yes" or "no".

*Answer:* Yes.

sion d'appel et je suis d'avis que l'application de la maxime est justifiée en l'espèce.

Le savant juge de première instance était libre, cependant, de dire quels faits, selon lui, la preuve avait établis pourvu qu'il prît soin de spécifier au jury que c'était là son opinion personnelle et le savant juge de première instance a certainement agi de la sorte. Je cite:

[TRADUCTION] Je dis toujours ceci de façon qu'il n'y ait pas de doute dans vos esprits, mais, à mon avis, toute la preuve médicale qui a été présentée soigneusement et systématiquement par le défendeur et par le Dr Shane, et que vous avez encore fraîche à la mémoire, m'entraîne à dire et m'entraîne à croire que la mastoïdectomie radicale que le Dr Tenderenda a pratiquée a démontré qu'il n'y a eu aucune négligence que ce soit dans l'opération elle-même, ni dans le traitement post-opératoire de sa patiente.

Le savant juge de première instance a aussi fait remarquer au jury qu'il n'y avait aucune preuve que le délai de six jours entre la première opération par l'intimé et la seconde par le Dr Shane ait causé quelque dommage à l'appelante. Il est ensuite passé à ce qu'il a appelé le noeud de la question, à savoir, si le Dr Tenderenda aurait dû opérer l'appelante ou s'il aurait dû, réalisant les déficiences de la méthode plus ancienne de la loupe binoculaire chirurgicale, avec le marteau et le ciseau, la seule méthode que lui-même pouvait employer, faire appel à quelque autre chirurgien en vue d'utiliser la méthode moderne de micro-chirurgie. Le savant juge de première instance a soumis au jury la question suivante:

[TRADUCTION] Le Docteur Tenderenda a-t-il manqué à son devoir de prudence, autant que sa patiente, Mme Eady, est concernée lorsqu'il se rendit dans la salle d'opération et pratiqua sur elle l'opération, de la façon qu'il était habitué de le faire et comme il l'avait fait environ cinquante fois auparavant au cours de sa pratique?

Le savant juge de première instance a soumis les questions suivantes au jury:

[TRADUCTION] QUESTIONS POUR LE JURY

Q. 1 Y a-t-il eu négligence de la part du défendeur envers la demanderesse? Réponse «Oui» ou «non».

*Réponse:* Oui.

Q. 2 If your answer to Question 1 is "yes", in what did such negligence consist?

*Answer:* Knowing the probability that a radical mastoidectomy was necessary after examination of the patient and X-rays; knowing the possibility of complications following this type of surgery by performing this surgery by using the chisel and hammer method, he did not take due care in ensuring that all bone chips were removed from the operative area.

Q. 3 If your answer to Question 1 is "yes", what amount of damages did the female Plaintiff suffer?

*Answer:* $20,000.

Upon these answers, despite a motion by counsel for the defence to strike out the answer to Question 2 as not being supported by the evidence, the learned trial judge gave judgment in favour of the appellant for $20,000 and in favour of her husband for $104.35.

Cooper J.A. gave long and very carefully detailed reasons for the Appeal Division. He outlined the issues as set out by counsel for the there appellant, here respondent, as follows:

1. That there is no evidence to support the verdict that the appellant was negligent "in that he did not take due care in ensuring that all bone chips were removed from the operative area".

2. Alternatively, that the verdict was perverse and against the weight of the evidence.

3. That the learned judge misdirected the jury by directing them that the omission of the defendant to use the microscope and power drill technique in performing an operation known as a mastoidectomy upon the female plaintiff constituted negligence on the part of the defendant.

4. That in any event the damages awarded were excessive.

Being in favour of allowing the appeal, the learned Justice on Appeal did not deal with issue Number 4 at all. He dealt with issue Number 3 by pointing out that the jury did not find that the respondent, there appellant, was

Q. 2 Si votre réponse à la question 1 est affirmative, en quoi consiste cette négligence?

*Réponse:* Sachant qu'une mastoïdectomie radicale était probablement nécessaire après l'examen du patient et des radiographies; sachant la possibilité de complications à la suite de ce genre d'intervention chirugicale en employant la méthode du ciseau et du marteau, il n'a pas pris les précautions nécessaires en s'assurant que tous les éclats d'os avaient été enlevés de la zone opératoire.

Q. 3 Si vous avez répondu affirmativement à la question 1, quel est le montant des dommages subis par la demanderesse?

*Réponse:* $20,000.

A la suite de ces réponses, malgré une requête de l'avocat de la défense pour faire radier la réponse à la question numéro 2 comme ne s'appuyant pas sur la preuve, le savant juge de première instance a rendu jugement en faveur de l'appelante pour $20,000 et en faveur de son mari pour $104.35.

Le juge d'appel Cooper a rédigé pour la Division d'appel des motifs très bien détaillés. Il a résumé les questions telles qu'énoncées par l'avocat de l'appelant, qui est ici intimé, de la façon suivante:

[TRADUCTION] 1. Qu'il n'y a pas de preuve à l'appui du verdict que l'appelant a été négligent «en ce qu'il n'a pas pris les précautions nécessaires en s'assurant que tous les éclats d'os avaient été enlevés de la zone opératoire».

2. Subsidiairement, que le verdict était inique et à l'encontre du poids de la preuve.

3. Que le savant juge de première instance a donné au jury une directive erronée en lui disant que l'omission du défendeur d'employer la technique utilisant le microscope et la fraise automatique en pratiquant sur la demanderesse une opération appelée mastoïdectomie, constituant une négligence de la part du défendeur.

4. Que de toute façon les dommages accordés étaient excessifs.

Étant disposé à faire droit à l'appel, le savant juge d'appel n'a pas traité de la question numéro 4. Il a traité de la question numéro 3 en faisant remarquer que la conclusion du jury n'a pas été que l'intimé, appelant en cette cour-là, avait été

negligent in using the hammer and chisel method of performing the operation but that rather he failed in the standard of care required of him in the use of that method. With respect, I am in agreement with this view and, in my view, the issue as to a surgical loupe plus hammer and chisel as one method of treatment or microscopic surgery with the aid of a dental drill as another has been much over-emphasized in the course of the litigation. Cooper J.A. put the real issue before the Appeal Division and before this Court very succinctly when he said:

> This brings me down to the vital issue in this appeal, namely, whether there was evidence upon which the jury could make the finding they did that the appellant did not take due care in ensuring that all bone chips were removed from the operative area.

It must be remembered that the jury has answered Questions 1 and 2 by finding that the respondent here was guilty of negligence in his treatment of the appellant and by finding that the negligence consisted of

> *Answer:* Knowing the probability that a radical mastoidectomy was necessary after examination of the patient and x-rays; knowing the possibility of complications following this type of surgery by performing this surgery by using the chisel and hammer method, he did not take due care in ensuring that all bone chips were removed from the operative area.

That was an answer by a jury upon a question of fact.

I am, with respect, in agreement with Cooper J.A. when he quoted the oft-repeated principle that the answer cannot be interfered with unless it is so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it. Cooper J.A. quoted *McCannell*

négligent en décidant de recourir à la méthode du marteau et du ciseau pour pratiquer l'opération, mais a été plutôt que l'intimé n'avait pas respecté, en utilisant cette méthode, les normes de précaution qu'on requérait de lui. Respectueusement, je partage cette opinion et, à mon avis, on a trop insisté au cours de ce litige sur la méthode de la loupe binoculaire chirurgicale, avec le marteau et le ciseau, comme procédure opératoire distincte de la méthode de la microchirurgie, qui utilise la fraise dentaire. Le juge d'appel Cooper a situé la véritable question en litige devant la Cour d'appel et devant cette Cour de façon très succincte lorsqu'il a déclaré:

> [TRADUCTION] Ceci m'amène à la question vitale en cet appel, à savoir s'il y avait preuve sur laquelle le jury pouvait fonder sa conclusion selon laquelle l'appelant n'a pas pris les précautions nécessaires en s'assurant que tous les éclats d'os avaient été enlevés de la zone opératoire.

On doit se rappeler que le jury avait répondu aux questions 1 et 2 en décidant que l'intimé en l'espèce avait été négligent dans la façon dont il avait traité l'appelante et en concluant que la négligence consistait en:

> *Réponse:* Sachant qu'une mastoïdectomie radicale était probablement nécessaire après l'examen du patient et des radiographies; sachant la possibilité de complications à la suite de ce genre d'intervention chirurgicale en employant la méthode du ciseau et du marteau, il n'a pas pris les précautions nécessaires en s'assurant que tous les éclats d'os avaient été enlevés de la zone opératoire.

Il s'agit là d'une réponse d'un jury portant sur une question de fait.

Je suis, respectueusement, d'accord avec le juge d'appel Cooper lorsqu'il énonce le principe souvent répété selon lequel il n'y a pas lieu de modifier la réponse à moins qu'elle ne soit si nettement déraisonnable et injuste qu'elle convainc la Cour qu'aucun jury examinant l'ensemble de la preuve et agissant de façon judiciaire

*v. McLean*[9].

As Ritchie J. points out in *Feener v. McKenzie*[10]; at p. 540, Duff C.J. continued in *McCannell v. McLean, supra:*

That is the principle on which this Court has acted for at least thirty years to my personal knowledge and it has been stated with varying terminology in judgments reported and unreported.

Thirty-seven years later, I can say the same thing.

Our task, therefore, is to determine whether, in our view, the jury could find that the respondent did not take due care in ensuring that all the bone chips were removed from the operative area. The standard of care adopted by Cooper J.A. was that set out by Schroeder J.A. in *Gent v. Wilson*[11]; there, Schroeder J.A. followed the earlier judgment of *Crits v. Sylvester*[12]. The latter decision was affirmed in this Court in [1956] S.C.R. 991, without the citation of a single authority, this Court simply dealing with analysis of the evidence. Schroeder J.A. said at p. 165:

The legal principles bearing upon the degree of care and skill which may be expected of physicians or surgeons are well settled but the difficulty arises in applying them to particular circumstances. Every medical practitioner must bring to his task a reasonable degree of skill and knowledge and must exercise a reasonable degree of care. He is bound to exercise that degree of care and skill which could reasonably be expected of a normal, prudent practitioner of the same experience and standing, and if he holds himself out as a specialist, a higher degree of skill is required of him than of one who does not profess to be so qualified by special training and ability. I do not believe that that standard of care has been more clearly or succinctly stated than by Lord Hewart C.J. in *R. v. Bateman* (1925), 41 T.L.R. 557 at p. 559,

[9] [1937] S.C.R. 341.
[10] [1972] S.C.R. 525.
[11] [1956] O.R. 257.
[12] [1956] O.R. 132, affd. [1956] S.C.R. 991.

n'aurait pu donner cette réponse. Le juge d'appel Cooper a cité l'arrêt *McCannell c. McLean*[9].

Comme le juge Ritchie le note dans l'arrêt *Feener c. McKenzie*[10], à la p. 540, le juge en chef Duff a poursuivi, dans l'arrêt *McCannell c. McLean*, comme suit:

[TRADUCTION] A ma connaissance, c'est le principe que cette Cour applique depuis au moins trente ans et il a été énoncé de diverses façons dans les arrêts publiés et non publiés.

Trente-sept ans plus tard, je peux dire la même chose.

Notre tâche, par conséquent, est de décider si, selon nous, le jury pouvait conclure que l'intimé n'a pas pris les précautions nécessaires pour s'assurer que tous les éclats d'os avaient été enlevés de la zone opératoire. Les normes de prudence qu'a fait siennes le juge d'appel Cooper étaient celles que le juge d'appel Schroeder avait énoncées dans l'arrêt *Gent v. Wilson*[11]; dans cet arrêt-là, le juge d'appel Schroeder suit l'arrêt antérieur de *Crits v. Sylvester*[12]. Cette dernière décision a été confirmée par cette Cour [1956] R.C.S. 991, qui ne fait de renvoi à aucun précédent, se contentant simplement de faire l'analyse de la preuve. Le juge d'appel Schroeder déclarait à la p. 165:

[TRADUCTION] Les principes juridiques relatifs au degré de prudence et d'habileté qu'on doit attendre des médecins ou chirurgiens sont biens établis mais il est difficile de les appliquer aux circonstances particulières. Chaque praticien doit apporter à sa tâche un degré raisonnable de compétence et de connaissance et il doit exercer un degré raisonnable de prudence. Il est obligé de faire preuve de ce degré de prudence et de compétence que l'on peut raisonnablement attendre d'un praticien ordinaire et prudent ayant la même expérience et réputation, et s'il se présente comme un spécialiste, on requiert de lui un plus grand degré de compétence que d'un autre qui ne prétend pas à cette qualification en raison de son habileté et de son entraînement en un domaine particulier. Je ne crois pas que les critères de prudence

[9] [1937] R.C.S. 341.
[10] [1972] R.C.S. 525.
[11] [1956] O.R. 257.
[12] [1956] O.R. 132, conf. [1956] R.C.S. 991.

from which I quote: "If a person holds himself out as possessing special skill and knowledge and he is consulted, as possessing such skill and knowledge, by or on behalf of a patient, he owes a duty to the patient to use due caution in undertaking the treatment. If he accepts the responsibility and undertakes the treatment and the patient submits to his direction and treatment accordingly, he owes a duty to the patient to use diligence, care, knowledge, skill and caution in administering the treatment . . . The law requires a fair and reasonable standard of care and competence."

Each case must, of course, depend upon its own particular facts. If a physician has rendered treatment in a manner which is in conformity with the standard and recognized practice followed by the members of his profession, unless that practice is demonstrably unsafe or dangerous, that fact affords cogent evidence that he has exercised that reasonable degree of care and skill which may be required of him.

Surely, the jury realized the exact situation and correctly considered the effect of the evidence when they answered Question 2. The respondent Dr. Tenderenda knowing that he could only operate by means of the surgical loupe and hammer and chisel and knowing that a radical mastoidectomy was going to be required, should have take upon himself the burden of very great care in scrutinizing the site with his limited means of vision. I am of the opinion that Dr. Tenderenda's negligence was not from entering into the operation at all but from proceeding with the operation using the technique at which he was skilled but exercising less than all of the skill of which he was capable. I have already cited Dr. Shane's view as to the difficulty of perceiving these bone chips. As Dr. Shane testified, it was very difficult to see the bone chips when he was dealing with a white bone, with a white nerve and with a white bone chip. Dr. Shane at that time was working with the aid of a microscope. Dr. Tenderenda had realized that vision with a microscope was much better than with the surgical loupe which he employed and therefore, in my view, Dr. Tenderenda should have exercised a greater

aient été énoncés de façon plus claire ou succincte que par le Juge en chef Lord Hewart à la p. 559 de l'arrêt *R. v. Bateman* (1925), 41 T.L.R. 557, d'où je cite: [TRADUCTION] «Si quelqu'un se présente comme ayant une compétence et une connaissance particulière et qu'il est consulté, parce qu'il a cette compétence et cette connaissance, par un patient ou au nom de celui-ci, il a envers ce patient un devoir de prendre les précautions nécessaires en appliquant le traitement. S'il accepte la responsabilité et entreprend le traitement et que le patient se soumet à ses directives et à son traitement d'une manière conforme, il a envers ce patient le devoir d'agir avec diligence, prudence, connaissance, compétence et précaution en administrant le traitement . . . La loi exige de justes et raisonnables normes de prudence et compétence.»

Chaque cas doit, évidemment, tenir compte des faits particuliers. Si un médecin a administré un traitement d'une façon qui est conforme aux critères reconnus et à la pratique suivie par les membres de sa profession, à moins qu'on ne démontre que cette pratique est risquée ou dangereuse, ce fait fournit une preuve convaincante qu'il a exercé le degré raisonnable de prudence et de compétence qu'on peut exiger de lui.

A coup sûr, le jury a compris la véritable situation et a considéré à juste titre les conséquences de la preuve lorsqu'il a répondu à la question 2. L'intimé, le D[r] Tenderenda, sachant qu'il pouvait opérer seulement en utilisant la loupe binoculaire chirurgicale et le marteau et le ciseau et sachant qu'il devait effectuer une mastoïdectomie radicale, aurait dû prendre sur lui d'apporter un très grand soin en examinant le lieu de l'opération avec ses moyens limités de vision. Je suis d'avis que la négligence du D[r] Tenderenda ne consiste aucunement à avoir effectué l'opération mais à avoir procédé à l'opération en employant la méthode, qu'il connaissait bien, sans y apporter toute l'habileté dont il était capable. J'ai déjà mentionné l'opinion du D[r] Shane relativement à la difficulté de percevoir ces éclats d'os. Comme le D[r] Shane l'a mentionné il était très difficile de voir les éclats d'os, étant en présence d'un os blanc, d'un nerf blanc et d'un éclat d'os blanc. Le D[r] Shane à ce moment-là travaillait avec l'aide d'un microscope. Le D[r] Tenderenda sachant que la vision avec un microscope était de beaucoup supérieure à celle que permettait la loupe chirurgicale binoculaire qu'il a employée, aurait dû, à

degree of care in making certain there was nothing left in the wound which could have the deleterious effect that these bone chips did have.

In his examination-in-chief Dr. Tenderenda had testified that the bone was very brittle and "when you applied the chisel it did not break in the direction you tried to chisel off but rather it went in a different direction, you see".

Under such circumstances, where chips of brittle bone resulting from the chiselling could be expected, Dr. Tenderenda nevertheless completed his operation in a fashion which he described in his evidence-in-chief as follows:

Q. Did you say "quite dry tympaniceas"?

A. No, quite dry, clean cavities combined with the middle ear tympanum with an open mastoid. Now, we usually do a suction to help the operation because the blood vessels are open during surgery and they bleed, and you, the surgeon cannot operate in that field full of blood and so we remove the blood with suction and, in the small areas we remove the blood with sponges and gauze to tie up the areas which are very fine. Myself, I like to use the hydrogen peroxide at times when there is too much bleeding and clean the area and, particularly, the attic where there is too much bleeding to control this and I did, in her case, as well, and I couldn't find anything after this inspection and so I put the dressing into the ear and—

Q. Just before you go on with that, Doctor, in the course of this inspection did you see the facial nerve?

A. I couldn't see the facial nerve, no.

Q. Was anybody on the dressing?

A. I put the dressing in.

Q. Was that the end of the operation?

A. Yes.

Dr. Tenderenda's description of cleaning out is very brief indeed and it would seem that it

mon avis, exercer un plus grand degré de prudence afin d'être certain qu'il ne restait rien dans l'incision qui aurait pu avoir les conséquences nuisibles que les éclats d'os ont eues.

Lors de son interrogatoire principal le Dr Tenderenda a témoigné que l'os était très cassant et «lorsque vous appliquiez le ciseau à l'os celui-ci ne brisait pas dans le sens où vous tentiez de le tailler mais plutôt il déviait dans une direction différente, vous voyez».

Dans de telles circonstances, alors qu'on pouvait s'attendre de retrouver des éclats de l'os cassant provenant de la taille au ciseau, le Dr Tenderenda a cependant terminé l'opération de la façon qu'il a décrite, dans son interrogatoire principal, comme suit:

Q. Avez-vous dit «*tympaniceas*» tout à fait sèches»?

R. Non, des cavités propres et tout à fait sèches reliant le tympan de l'oreille moyenne à l'os mastoïde ouvert. Maintenant, nous utilisons habituellement la succion pour faciliter l'opération parce que les vaisseaux sanguins sont ouverts durant l'intervention chirurgicale et ils saignent, et vous, le chirurgien, ne pouvez pas opérer dans cet endroit rempli de sang de sorte que nous retirons le sang par succion et, dans les endroits plus à l'étroit nous enlevons le sang avec l'aide d'éponge et de gaze pour panser les endroits où l'espace est très restreint. Moi-même, j'aime à utiliser le peroxyde d'hydrogène lorsque le saignement est trop abondant afin de nettoyer la zone et, particulièrement, l'attique où le saignement est trop abondant pour qu'on puisse le contrôler et je l'ai fait, dans son cas, également, et je n'ai pas pu trouver autre chose après cette inspection et j'ai mis le pansement dans l'oreille et—

Q. Juste avant de continuer avec cela, docteur, au cours de cette inspection avez-vous vu le nerf facial?

R. Je ne pouvais pas voir le nerf facial, non.

Q. Y avait-il quelqu'un pour faire le pansement?

R. J'ai mis le pansement moi-même à l'intérieur.

Q. Est-ce que c'était la fin de l'opération?

R. Oui.

La description du nettoyage faite par le Dr Tenderenda est vraiment très brève et il semble

must have consisted of merely swishing out with hydrogen peroxide. Dr. Tenderenda's words, which I have quoted above, give me the impression that such inspection as he did carry out was addressed particularly to the "attic" and that there seems to have been little search for the almost inevitable bone chips throughout the rest of the operative site, and particularly the area where, on all the evidence, the facial nerve had been exposed either by surgery or by disease. In that area, as Dr. Shane pointed out, the surgeon was faced with white nerve, white bone and white bone chips, and that was the area in which a most careful search should have been carried out. It was Dr. Tenderenda's opinion that the two and a half times modification provided by the surgical loupe enabled him to see; why then, it might be asked, did he not see these two most harmful bone chips? To have failed in such search, is, in my view, to have failed to accord to his patient the reasonable degree of care which the learned justice on appeal accepted rightly as being the proper standard of care.

que le nettoyage ait simplement été un nettoyage par jet et giclement de peroxyde d'hydrogène. La déposition du Dr Tenderenda, que j'ai citée ci-dessus, me donne l'impression que l'inspection qu'il a effectuée visait particulièrement l'attique et qu'il y a eu apparemment peu de recherches faites ailleurs dans la zone opératoire pour des éclats d'os presque inévitables, et particulièrement à l'endroit où, d'après l'ensemble de la preuve, le nerf facial a été mis à découvert soit par intervention chirurgicale soit par maladie. A cet endroit, comme l'a fait observer le Dr Shane, le chirurgien fait face à un nerf blanc, à un os blanc et à des éclats d'os blanc, et c'est là que les recherches les plus attentives auraient dû être effectuées. Selon le Dr Tenderenda le grossissement de deux fois et demi donné par la loupe chirurgicale binoculaire lui permettait de voir; pourquoi alors, pourrait-on lui demander, n'a-t-il pas vu ces deux éclats d'os des plus nuisibles? Avoir failli dans cette recherche équivaut, à mon avis, à ne pas avoir accordé à son patient le degré raisonnable de soin que le savant juge d'appel a reconnu à juste titre comme étant la norme.

For these reasons, I would allow the appeal.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi.

The learned trial judge awarded to the plaintiffs damages in accordance with the answers of the jury. The question of damages was not dealt with in the judgment of the Appeal Division. The appellant, in her factum to this Court, stated:

Le savant juge de première instance a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts conformes aux réponses du jury. La question des dommages n'a pas été traitée dans le jugement de la Division d'appel. L'appelante, dans son factum à cette Cour, a déclaré:

The quantum of damages was not dealt with by the Appeal Court and is not in dispute although it was put in issue before the Appeal Court.

[TRADUCTION] Le montant des dommages n'a pas été considéré par la cour d'appel et il n'est pas contesté bien qu'il ait été mis en question devant la cour d'appel.

There is no reference in the respondent's factum to the question of damages.

Dans le factum de l'intimé, il n'est pas fait mention de la question des dommages.

In my view, therefore, the proper order of this Court would be to allow the appeal and restore the judgment at trial. The appellant is entitled also to costs in the Appeal Division and in this Court.

C'est pourquoi à mon avis, la décision logique de cette Cour serait d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance. L'appelante a droit à ses dépens en Division d'appel et en cette Cour.

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the opinions of Mr. Justice Spence and of Mr. Justice de Grandpré.

Once it is conceded that the jury was adequately instructed, as it was, and that the rule *res ipsa loquitur* applied in this case, as it must, then, in my view, one cannot escape the conclusion that there was some evidence upon which a finding of negligence could properly be made against Respondent by a jury.

Had this case been tried by a judge alone, I would have been inclined to review it on the basis of the whole of the evidence. But it has been tried by a judge and a jury and I cannot find that the jury's answer to the first question is one that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could possibly have given.

In the result, I agree with the conclusions of Mr. Justice Spence.

*Appeal allowed with costs,* RITCHIE *and* DE GRANDPRÉ JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Harold F. Jackson and George W. MacDonald, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: Ronald J. Downie, Halifax.*

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de M. le juge Spence et ceux de M. le juge de Grandpré.

Une fois admis que le jury a reçu les directives appropriées, comme il les a reçues, et que la règle *res ipsa loquitur* s'applique en l'espèce, comme il se doit, on ne peut, à mon avis, s'empêcher de conclure qu'il existait certains éléments de preuve sur lesquels un jury pouvait se fonder pour décider correctement qu'il y avait eu négligence de la part de l'intimé.

Si cette cause avait été entendue par un juge seul, j'aurais été enclin à la réviser en me basant sur l'ensemble de la preuve. Mais elle a été entendue par un juge et un jury et je ne puis conclure que la réponse du jury à la première question en est une qu'aucun jury examinant l'ensemble de la preuve et agissant de façon judiciaire n'aurait pu possiblement donner.

Je souscris aux conclusions de M. le juge Spence.

*Appel accueilli avec dépens, les juges* RITCHIE *et* DE GRANDPRÉ *étaient dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Harold F. Jackson et George W. MacDonald, Halifax.*

*Procureur de l'intimé: Ronald J. Downie, Halifax.*

**Attorney General of Ontario** *Appellant*;

and

**Cosimo Reale** *Respondent.*

1974: June 21, 24; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law—Civil rights—Criminal trial—Right to interpreter during Judge's charge.*

*Criminal law—Trial—Refusal of right to interpreter by trial judge on basis of possible distraction of jury—Criminal Code, s. 577(1)—Canadian Bill of Rights, s. 2(g).*

Respondent, whose mother tongue is Italian, was tried on a charge of non-capital murder. He was unable to follow the proceedings at the trial without the services of an interpreter and was accordingly provided with an interpreter at the start of the trial. The trial judge having invited submissions from cousel, particularly with respect to the interpretation of the addresses to the jury and his charge, indicated that he would dispense with the interpreter's services when all the evidence was in. The trial judge did permit the addresses of the jury to be interpreted as they were delivered but ruled that with respect to his own charge there would be no interpretation at all during that charge. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal on the point that the accused had been deprived of his categorical right to hear the judge's charge.

*Held* (Judson and de Grandpré JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: Section 2 (*g*) of the *Canadian Bill of Rights* provides that in the absence of express alleviation by Parliament every law of Canada shall be construed so as not to "deprive a person of the right to the assistance of an interpreter in any proceedings in which he is involved . . ., if he does not understand or speak the language in which such proceedings are conducted". There is no room in the present case to deny to s. 2(*g*) the efficacy which the language in which it is couched carries.

**Le Procureur général de l'Ontario** *Appelant*;

et

**Cosimo Reale** *Intimé.*

1974: les 21 et 24 juin; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel—Droits civils—Procès criminel—Droit aux services d'un interprète durant l'exposé du juge au jury.*

*Droit criminel—Droit aux services d'un interprète refusé par le juge de première instance en raison de la possibilité de distraction pour le jury—Code criminel, art. 577(1)—Déclaration canadienne des droits, art. 2g).*

L'intimé, dont la langue maternelle est l'italien, a subi son procès sous l'accusation de meurtre non qualifié. Sans l'aide d'un interprète, il n'était pas en mesure de suivre le déroulement des procédures du procès et, par conséquent, les services d'un interprète lui furent accordés au début du procès. Le juge de première instance a invité les avocats à lui exposer leurs avis sur la traduction des plaidoiries des avocats devant le jury et de son exposé et a indiqué qu'il n'exigerait pas les services de l'interprète une fois la preuve close. Le juge de première instance a permis que l'interprète traduise au fur et à mesure les plaidoiries des avocats devant le jury mais, relativement à son exposé au jury, il a décidé qu'il n'y aurait pas de traduction du tout au cours de celui-ci. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé sur le point que l'accusé avait été privé de son droit strict d'entendre l'exposé du juge.

*Arrêt* (les juges Judson et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Le* juge en chef Laskin et *les* juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz: L'al. *g*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* prévoit que toute loi du Canada doit, à moins que le Parlement n'atténue expressément l'exigence, s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas «priver une personne du droit à l'assistance d'un interprète dans des procédures où elle est mise en cause . . ., si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue dans laquelle se déroulent ces procédures». Il n'est pas possible en l'espèce de nier à l'al. *g*) de l'art. 2 l'effet

Although a trial judge may be justified in refusing to allow his charge to be interpreted while he is giving it he is not relieved from giving effect to s. 2(*g*) of the *Candian Bill of Rights* in some other way.

*Per* Judson and de Grandpré JJ., *dissenting*: The right to translation, the rule in s. 2(*g*) of the *Canadian Bill of Rights* has to be read in the light of the other rights of the accused, particularly the right to be tried by a jury properly instructed. The trial judge formed the conclusion that a danger existed that the jury would be distracted by the voice of the interpreter translating the charge as it was being read and decided that in the circumstances the right to translation should not take precedence. As neither appellate Court is familiar with the facts on which the trial judge based this conclusion his finding should be given its full weight.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1] allowing an appeal from a conviction for non-capital murder and directing a new trial. Appeal dismissed, Judson and de Grandpré JJ. dissenting.

*W. J. Parker*, for the appellant.

*A. Maloney, Q. C.*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal by the Crown from an order of the Ontario Court of Appeal, directing a new trial of the accused on a charge of non-capital murder, comes here by leave of this Court on the following question of law:

Did the learned trial judge err in law in ruling that during his charge to the jury the accused should not have the services of an interpreter?

Although counsel for the respondent accused, as was his right, sought to sustain the order for a new trial on other grounds such as misdirection by the trial judge on provocation, misdirection with respect to the application of s. 212(*c*) of the *Criminal Code*, and failure to charge the

[1] [1973] 3 O.R. 905.

que lui donne son libellé. Bien qu'un juge puisse être justifié d'interdire que l'on traduise son exposé pendant qu'il le donne, il n'est pas dispensé de donner effet par d'autres moyens à l'al. *g*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*.

*Les* Juges Judson et de Grandpré, *dissidents*: Le droit à la traduction, la règle de l'al. *g*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, doit être considéré à la lumière des autres droits de l'accusé, particulièrement le droit d'être jugé par un jury dûment instruit. Le juge de première instance en est venu à la conclusion qu'il y avait danger que le jury soit distrait par la voix de l'interprète traduisant l'exposé au fur et à mesure de son prononcé et a décidé dans les circonstances que le droit à la traduction ne devait pas avoir préséance. Comme ni la Cour d'appel ni cette Cour ne connaissent les faits sur lesquels le juge de première instance a fondé sa décision, sa conclusion doit recevoir son plein effet.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1] accueillant un appel d'une déclaration de culpabilité sous une accusation de meurtre non qualifié et ordonnant un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Judson et de Grandpré étant dissidents.

*W. J. Parker*, pour l'appelant.

*A. Maloney, c.r.*, pour l'intimé.

Le jugement du juge en Chef et des juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appel de la Couronne, qui est à l'encontre d'une ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario prescrivant un nouveau procès sur une accusation de meurtre non qualifié, est interjeté avec l'autorisation de cette Cour sur la question de droit suivante:

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a décidé qu'au cours de son exposé au jury l'accusé ne bénéficierait pas des services d'un interprète?

L'avocat de l'accusé-intimé, comme c'était son droit, a cherché à fonder l'ordonnance de nouveau procès sur d'autres raisons, alléguant par exemple des instructions erronées du juge de première instance sur la provocation, des instructions erronées sur l'application de l'al. *c*) de

[1] [1973] 3 O.R. 905.

jury that they had a duty to bring in a verdict of manslaughter if they were in any doubt as between murder and manslaugther, the Court was of the opinion, which it conveyed at the hearing, that none of these grounds was made out. The only question for consideration then is that on which leave was given to the Crown.

It is admitted that the accused needed the services of an interpreter, and one was provided who proved very capable and was able to carry out her duties without interfering with the orderly course of the trial. As directed by the trial judge, she sat in a chair adjoining the prisoner's dock and interpreted to the accused from that position. Consideration was given by the trial judge during the trial to the function of an interpreter in a criminal trial, and submissions were invited by counsel, especially with respect to the interpretation of the addresses to the jury and the charge of the presiding judge. Although he indicated that he would dispense with the interpreter's services when all the evidence was in, the trial judge permitted the addresses to the jury to be interpreted as they were delivered, counsel for the Crown being content to have this done. However, with respect to his own charge, the trial judge ruled that there should be no interpretation, saying that "the prime consideration is the distraction of the jury . . . I think there is a fair chance, certainly enough of a chance for me to decide there will be no translation at all during the charge". And so it was. No alternative way of providing an interpretation of the charge, which lasted one hour and ten minutes, was considered. Counsel for the accused contended throughout that all the proceedings should be interpreted and objected to the trial judge's ruling.

l'art. 212 du *Code criminel*, et l'absence de directives signalant au jury que ce dernier était tenu de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable s'il avait un doute quelconque sur la question de savoir s'il y avait eu meurtre ou simplement homicide involontaire coupable, mais la Cour est d'avis, et elle l'a fait savoir à l'audience, qu'aucun de ces moyens n'a été établi. Par conséquent, la seule question à trancher est celle sur laquelle autorisation d'appeler a été donnée à la Couronne.

Il est reconnu de part et d'autre que l'accusé avait besoin des services d'un interprète. L'interprète qu'on lui assigna se révéla très compétente et put s'acquitter de ses fonctions sans nuire au cours normal du procès. Conformément aux instructions du juge de première instance, elle était assise près du banc de l'accusé et, de sa chaise, elle traduisait à ce dernier. Durant le procès, le juge de première instance s'est penché sur le rôle d'un interprète dans un procès criminel. Il a invité les avocats à lui exposer leurs avis sur la question, notamment en ce qui concernait la traduction des plaidoiries des avocats devant le jury et de l'exposé du juge présidant le procès. Même si le juge de première instance a indiqué qu'il n'exigerait pas les services de l'interprète une fois la preuve close, il a permis que l'interprète traduise au fur et à mesure les plaidoiries des avocats devant le jury, le procureur de la Couronne s'étant dit d'accord. Cependant, relativement à son exposé au jury, le juge de première instance a décidé qu'il ne devait pas y avoir de traduction, précisant: [TRADUCTION] «ce que l'on doit considérer avant tout, c'est la possibilité de distraire l'attention du jury . . . J'estime qu'il y a des chances que cela se produise, qu'il y en a certainement assez pour que je décide qu'il n'y aura pas de traduction du tout au cours de mon exposé au jury». Ainsi fut fait. Aucun autre moyen de fournir la traduction de l'exposé, lequel a duré une heure et dix minutes, n'a été considéré. L'avocat de l'accusé a soutenu tout au long que toute la procédure orale devait être traduite, et il a fait objection à la décision du juge de première instance.

On these facts, the Ontario Court of Appeal concluded that there had been a violation of s. 2(*g*) of the *Canadian Bill of Rights* in the application of s. 577(1) of the *Criminal Code* which, so far as material here, provides that "an accused other than a corporation shall be present in Court during the whole of his trial". Section 2(*g*) of the *Canadian Bill of Rights* provides that every law of Canada, unless there is express alleviation by Parliament, shall be construed and applied so as not to "deprive a person of the right to the assistance of an interpreter in any proceedings in which he is involved or in which he is a party or a witness before a court, commission, board or other tribunal, if he does not understand or speak the language in which such proceedings are conducted".

It is sufficient to say that I agree completely with the Ontario Court of Appeal in making s. 2(*g*) of the *Canadian Bill of Rights* the principal ground of its order for a new trial. There is, in my opinion, no room in the present case to deny to s. 2(*g*) the efficacy which the language in which it is couched carries. Assuming that there may be cases where the trial judge may reasonably apprehend that the jury will be distracted from attention to his charge by a concurrent interpretation to the accused and that he may thereupon be justified in refusing to allow his charge to be interpreted while he is giving it, such apprehension does not relieve the trial judge from giving effect to s. 2(*g*) of the *Canadian Bill of Rights* in some other way.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Judson and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—With leave of this Court, the Crown submits the following question of law:

Did the learned Trial Judge err in law in ruling that during his charge to the jury, the accused should not have the services of an interpreter?

D'après ces faits, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il y avait eu violation des dispositions de l'al. *g*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* dans l'application du par. (1) de l'art. 577 du *Code criminel*, dont la partie pertinente prévoit qu'«un accusé, autre qu'une corporation, doit être présent en cour pendant tout son procès». L'al. *g*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* prévoit que toute loi du Canada doit, à moins que le Parlement n'atténue expressément l'exigence, s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas «priver une personne du droit à l'assistance d'un interprète dans des procédures où elle est mise en cause ou est partie ou témoin, devant une cour, une commission, un office, un conseil ou autre tribunal, si elle ne comprend ou ne parle pas la langue dans laquelle se déroulent ces procédures».

Il suffit de dire que je suis totalement d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario lorsqu'elle fait de l'al. *g*) de l'art. 2 de la *Déclaration des droits* le motif principal de sa décision d'ordonner un nouveau procès. Selon moi, il n'est pas possible en l'espèce de nier à l'al. *g*) de l'art. 2 l'effet que lui donne son libellé. A supposer qu'il puisse y avoir des cas où le juge de première instance peut à juste titre craindre que l'attention du jury ne soit distraite par la traduction parallèle de son exposé au jury, et qu'il soit alors fondé à interdire que l'on traduise son exposé pendant qu'il le donne, cette crainte ne dispense pas le juge de première instance de donner effet par d'autres moyens à l'al. *g*) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*.

Je suis d'avis de rejeter l'appel.

Le jugement des juges Judson et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident*)—La Couronne, avec permission de cette Cour, soumet la question de droit suivante:

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a décidé qu'au cours de son exposé au jury l'accusé ne bénéficierait pas des services d'un interprète?

Respondent was tried on a charge of non-capital murder.

The mother tongue of respondent is Italian and it is common ground that he was unable to follow the proceedings at the trial without the aid of an interpreter.

Accordingly, he was provided with the services of an interpreter at the start of the trial. This interpreter was seated beside the accused but outside the dock. At the end of the first day of trial, after emphasizing that the translation had caused no interference, the trial judge asked counsel for their views as to the extent to which translation should be used in the trial. At that stage counsel for the accused submitted that Reale should be able to follow not only the evidence but the addresses of counsel and the judge's charge to the jury.

The trial judge expressed the preliminary opinion that understanding of the evidence was essential, but that the addresses and charge were in a different category. However, on the sixth day of the trial the judge returned to the question, and after considering the authorities submitted to him, arrived at the following conclusion:

The prime consideration is the distraction of the jury . . . I think that there is a fair chance, certainly enough of a chance for me to decide there will be no translation at all during the charge.

It was accordingly held that the addresses would be translated, but the charge would not be.

Then the interpreter can do that as long as there is silence during the charge.

Counsel did not raise the question again at the close of the charge, and it was not suggested that the accused should have an opportunity of knowing what the judge had said to the jury.

In the appeal of the accused to the Court of Appeal of Ontario, he raised several points, only one of which was allowed by the Court, namely that the accused had been deprived of his categorical right to hear the judge's charge, a right

L'intimé a subi son procès sur l'accusation de meurtre non qualifié.

La langue maternelle de l'intimé est l'italien et il est acquis au débat que, sans l'aide d'un interprète, il n'était pas en mesure de suivre le déroulement du procès.

Les services d'un interprète lui furent donc accordés dès le début du procès. Cet interprète était assis à côté de l'accusé mais en dehors du banc des accusés. A la fin de la première journée du procès, après avoir souligné que la traduction n'avait pas causé d'ennui, le président du tribunal demanda aux avocats leurs vues sur l'étendue de la traduction au cours du procès. A ce moment-là l'avocat de l'accusé soumit que Reale devrait pouvoir suivre non seulement la preuve mais aussi les plaidoiries des procureurs et l'exposé du juge au jury.

Le président du tribunal exprima l'avis préliminaire que la compréhension de la preuve était vitale mais que les plaidoiries et l'exposé étaient dans une autre catégorie. Toutefois, le juge revint sur la question le sixième jour du procès et après avoir examiné les autorités qui lui avaient été soumises, en vint à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Ce qu'il faut considérer avant tout, c'est la possibilité de distraire l'attention du jury . . . J'estime qu'il y a des chances que cela se produise, qu'il y en a certainement assez pour que je décide qu'il n'y aura pas de traduction du tout au cours de mon exposé au jury.

Il fut donc décidé que les plaidoiries seraient traduites mais que l'exposé ne le serait pas.

[TRADUCTION] Alors, l'interprète peut faire ça mais durant mon exposé il faudra garder le silence.

A la fin de l'exposé, les procureurs ne revinrent pas sur la question et il ne fut pas suggéré que l'accusé devrait avoir l'occasion de savoir ce que le juge avait dit au jury.

Lors de l'appel logé par lui à la Cour d'appel d'Ontario, l'accusé souleva plusieurs points mais un seul fut retenu par ce tribunal, savoir que l'accusé avait été privé de son droit strict d'entendre l'exposé du juge, droit lui apparte-

conferred on him by both s. 577 of the *Criminal Code* and the *Bill of Rights*. The Court of Appeal set forth its reasoning in a lengthy judgment, now reported in *R. v. Reale*[2], which it is not necessary to summarize here.

With all due respect to those who do not share my opinion, I should say at once that I am unable to accept the conclusion of the Court of Appeal in these circumstances.

Section 577 of the *Criminal Code* gives the accused the right to be present at his trial from the beginning to the end. In so far as actual physical presence is concerned, it is clear that this right is of an absolute nature, except of course for the three exceptions mentioned in para. (2) of the section. To realize this we need only refer to the decision of this Court in *The Queen v. Meunier*[3]. Nothing can rectify physical absence, however short, again with the exception of the three cases listed in the section.

In principle, this physical presence means active presence, by which the accused is able to understand what is taking place. The case law on the point is clear, and long before the *Bill of Rights*, the courts recognized the necessity of translation enabling the accused to fully understand the course of events at his trial. See for example *R. v. Lee Kun*[4]. However, the courts have never to my knowledge held that the accused who is represented by counsel had an absolute right to follow, through the services of an interpreter, the evidence, the addresses and the charge by the judge. In the view of the judges who have dealt with this point the obligation was rather to enable the accused to have an accurate understanding of the nature of his trial and of the evidence against him.

Did s. 2(*g*) of the *Bill of Rights* alter the position as I have just summarized it, to the point of making translation an absolute rule which may not be departed from whatever the

[2] [1973] 3 O.R. 905.
[3] [1966] S.C.R. 399.
[4] [1916] 1 K.B. 337.

nant tant aux termes de l'art. 577 du *Code criminel* qu'aux termes de la *Déclaration des droits de l'homme*. La Cour d'appel a exposé ses vues dans un jugement élaboré qui est maintenant rapporté à *Regina c. Reale*[2] et qu'il n'est pas nécessaire de résumer ici.

Avec déférence pour tous ceux qui ne partagent pas mon point de vue, je dirai tout de suite que je ne puis accepter la conclusion de la Cour d'appel en l'espèce.

L'art. 577 du *Code criminel* accorde à l'accusé le droit d'être présent du début à la fin de son procès. Si on limite ce droit à la simple présence physique, il est clair qu'il s'agit là d'un absolu sauf évidemment les trois exceptions de l'al. (2) de l'article. Il suffit de relire la décision de cette Cour dans l'affaire *La Reine c. Meunier*[3], pour s'en convaincre. Rien ne peut corriger une absence physique, si courte soit-elle, en dehors encore une fois des trois exceptions que l'article énumère.

Cette présence physique en principe signifie une présence active permettant à l'accusé de comprendre ce qui se passe. La jurisprudence est claire sur le point et bien avant la *Déclaration des droits de l'homme*, les tribunaux ont reconnu la nécessité d'une traduction permettant à l'accusé d'avoir une pleine connaissance du déroulement de son procès. Voir par exemple *Rex c. Lee Kun*[4]. Toutefois, à ma connaissance, cette jurisprudence n'a jamais affirmé que l'accusé représenté par avocat avait un droit absolu de suivre, grâce aux services d'un interprète, et la preuve et les plaidoiries et l'exposé du juge. Aux yeux des juges qui se sont prononcés sur le point, il s'agissait plutôt de permettre à l'accusé d'avoir une compréhension exacte de la nature de son procès et de la preuve qui lui était opposée.

La *Déclaration des droits de l'homme* par son art. 2*g*) a-t-elle modifié la situation que je viens de résumer, au point de faire de la traduction une règle absolue dont il ne soit pas possible de

[2] [1973] 3 O.R. 905.
[3] [1966] R.C.S. 399.
[4] [1916] 1 K.B. 337.

circumstances? In other words, does this section of the *Bill of Rights* set aside the three exceptions of s. 577 of the *Criminal Code* dealing with physical presence and the exceptions recognized by the courts concerning active presence? I think not. If we were to conclude, for example, that relying on the *Bill of Rights* the accused has an absolute right to be present throughout his trial, no matter how he may behave, anarchy and chaos would result.

The right to translation confirmed by the *Bill of Rights* and already granted by the decided cases is a right pertaining to the accused as do a number of others set out in the Code or recognized by the courts. There is no doubt that on occasion these rights may conflict with each other, and the courts must then decide which should have priority.

In the case at bar two such rights must be considered, namely, on the one hand, the right to translation, and on the other, the right of the accused to be tried by a jury which has been instructed on the law relating to the circumstances disclosed by the evidence. The latter right is just as important as the former, and the number of appeals brought by accused persons on the ground that the jury was improperly instructed on the rules applicable to the case clearly demonstrates the significance attached to it by the accused themselves. Further, this latter right would seem to be expressly recognized by ss. 2(*e*) and 2(*f*) of the *Bill of Rights.*

In the case at bar the trial judge, having in mind the circumstances known to him, namely, the size of the courtroom, its acoustics, the respective positions of the judge, the jury and the accused, formed the conclusion that a danger existed that the jury would be distracted by the voice of the interpreter translating the charge as it was being read. These are facts which neither the Court of Appeal nor this Court is familiar with, and as to which we must rely entirely on the trial judge. His finding on the point must therefore be given its full weight.

s'écarter quelles que soient les circonstances? En d'autres termes, cet article de la Déclaration écarte-t-il les trois exceptions de l'art. 577 du *Code criminel* traitant de la présence physique et les exceptions reconnues par la jurisprudence traitant de la présence active? Je ne le crois pas. S'il fallait, par exemple, conclure que l'accusé, s'appuyant sur la Déclaration, a le droit absolu d'être présent tout au long de son procès quelle que soit sa conduite, on en arriverait à l'anarchie et au chaos.

Le droit à la traduction qu'entérine la Déclaration après la jurisprudence est un droit qui appartient à l'accusé comme beaucoup d'autres qui sont énumérés dans le Code ou reconnus par la jurisprudence. Il est indubitable que ces droits à l'occasion peuvent entrer en conflit et qu'il appartient dès lors aux tribunaux de déterminer lequel doit avoir préséance.

En l'espèce, deux de ces droits doivent être pesés, à savoir, d'une part, le droit à la traduction et, d'autre part, le droit qui appartient à l'accusé d'être jugé par un jury qui a été instruit de la loi pertinente aux circonstances révélées par la preuve. Ce dernier droit est tout aussi important que le premier et le nombre des appels inscrits par les accusés pour le motif que le jury a été mal instruit des règles applicables à l'espèce démontre à l'évidence l'importance que les accusés eux-mêmes y attachent. Il me semble que ce dernier droit est d'ailleurs reconnu expressément par les art. 2*e*) et 2*f*) de la *Déclaration des droits de l'homme.*

En la présente affaire, le président du tribunal, compte tenu des circonstances qu'il connaissait, savoir, entre autres, la dimension de la salle d'audience, son acoustique, les positions respectives du juge, du jury et de l'accusé, en est venu à la conclusion qu'il y avait danger que le jury soit distrait par la voix de l'interprète traduisant l'exposé au fur et à mesure de son prononcé. Ce sont là des faits que ni la Cour d'appel, ni cette Cour ne connaissent et au sujet desquels nous sommes entièrement entre les mains du premier juge. Sa conclusion sur le point doit donc recevoir son plein effet.

It is true that the translation process had caused no problems during the presentation of evidence. It should be borne in mind, however, that the chances of being distracted during an exchange of questions and answers are less great than during a charge lasting at least an hour, during which difficult questions of law are being discussed. Furthermore, if there was any distraction during the presentation of evidence, this could easily be remedied, during testimony for example by the rewording of a question, or during the addresses. That is not the case with instructions given by a judge to the jury on questions of law.

Having to weigh against each other these two rights of the accused, the right through translation to have a full understanding of what is taking place at his trial, and the right to be judged by a jury properly instructed on the relevant points of law, the trial judge, for the reasons stated by him, came to the conclusion that in the circumstances the second right should take precedence over the first. As this Court noted in another context, in *Smythe v. The Queen*[5], the administration of the criminal law calls for a choice to be made, and I am not persuaded that in the case at bar the choice made by the trial judge was incorrect.

With all due respect, I feel the conclusion of the Court of Appeal of Ontario makes into an absolute requirement which admits of no exceptions the rule in s. 2(*g*) of the *Bill of Rights*, a rule which must notwithstanding be read in the light of the other rights of the accused. Ideally, every courtroom in Canada should be constructed so as to facilitate simultaneous translation without there being the slightest risk of interfering with the conduct of a trial. So long as that ideal situation does not exist, it must be recognized that the rule in 2(*g*), though very important, is somewhat relative when other rules, which are just as important, conflict with it.

For these reasons I would allow the appeal and reinstate the conviction.

[5] [1971] S.C.R. 680.

Il est vrai que le fait de la traduction n'avait pas causé de problèmes pendant la preuve. Il faut toutefois se souvenir que les chances d'être distrait pendant un échange de question et de réponses sont moins grandes que pendant un exposé d'au moins une heure au cours duquel sont abordées de difficiles questions de droit. Par ailleurs, au cours de la preuve, s'il y avait distraction, celle-ci pourrait être corrigée facilement, par exemple, pendant les témoignages en posant la même question d'une autre façon, ou au cours des plaidoiries. Il n'en est pas de même des instructions données au jury par un juge sur des questions de droit.

Appelé à peser ces deux droits de l'accusé, celui d'avoir par la traduction une pleine connaissance de ce qui se passe au cours de son procès et celui d'être jugé par un jury dûment instruit des points de droit pertinents, le juge présidant le procès, pour les raisons qu'il a mentionnées, en est venu à la conclusion qu'en l'espèce le deuxième droit devait prendre le pas sur le premier. Comme cette Cour l'a dit dans un autre contexte dans l'affaire *Smythe c. La Reine*[5], l'administration du droit criminel exige l'exercice d'un choix et je ne puis me convaincre qu'en l'espèce le choix fait par le premier juge est erroné.

En toute déférence, je crois que la conclusion de la Cour d'appel d'Ontario érige en un absolu qui ne supporte aucune exception la règle de 2*g*) de la Déclaration, règle qu'il faut tout de même lire à la lumière des autres droits de l'accusé. Idéalement, chaque salle d'audience au Canada devrait être construite de façon à permettre la traduction simultanée sans qu'il y ait le moindre danger que le cours du procès en soit troublé. Tant et aussi longtemps que cette situation idéale ne sera pas réalité, il faut reconnaître que la règle de 2*g*), tout en étant très importante, comporte un certain degré de relativité lorsque d'autres règles, tout aussi importantes, viennent en conflit avec elle.

Pour ces raisons, je maintiendrais l'appel et je rétablirais la déclaration de culpabilité.

[5] [1971] R.C.S. 680.

*Appeal dismissed,* JUDSON *and* DE GRANDPRÉ JJ. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario.*

*Solicitor for the respondent: Arthur Maloney, Toronto.*

*Appel rejeté, les juges* JUDSON *et* DE GRANDPRÉ *étaient dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Le Procureur général de l'Ontario.*

*Procureur de l'intimé: Arthur Maloney, Toronto.*

**Bonnie Jo-Anne Corothers** and **Donald Wayne Corothers** (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

**Ostop Slobodian, J. Kearns Transport Ltd., Thomas Russell Poupard** and **Guaranty Trust Company of Canada** as administrator of **Neil Francis Poupard**, deceased (*Defendants*) *Respondents*.

1974: June 6; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Granpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Negligence—Head-on collision obstructing highway—Occupants of vehicle injured—Driver of following car running along side of highway to seek aid—Injured by oncoming truck while signalling it to stop—Rescuer entitled to indemnity from original wrongdoer.*

On January 21, 1970, at about 7:45 p.m., the appellant C was driving alone in her husband's car in a westerly direction on the Trans Canada Highway. She was following at a distance of some 200 feet a Monarch car, when suddenly a Volvo collided head-on with the Monarch which was on its proper side of the road. The Volvo was driven by the respondent P and was the property of his father. It broke in two pieces, scattering the bodies of its three occupants on the highway and in the ditch. The Monarch was stopped dead. C swerved to the left and managed to drive through the wreckage. Her car came to rest almost completely on the shoulder, on her left-hand side of the road, some 40 or 50 feet past the Monarch.

C promptly got out of her car, leaving the headlights on, and went to the Monarch where she helped the injured driver. She saw that the latter's wife was also seriously injured and then went for help. She ran in a westerly direction and had covered only some 50 feet beyond her own car when she saw an oncoming motor vehicle. It was a big semi-trailer tank truck owned by the respondent transport company and driven by the respondent S. She waved her arms over her head signalling the truck to stop. The driver jammed the brakes, his truck jack-knifed and went into the ditch, coming to a stop somewhat ahead of C's car. In this process, the right rear dual tandem

**Bonnie Jo-Anne Corothers** et **Donald Wayne Corothers** (*Demandeurs*) *Appelants*;

et

**Ostop Slobodian, J. Kearns Transport Ltd., Thomas Russell Poupard** et **Guaranty Trust Company of Canada** administratrice de feu **Neil Francis Poupard** (*Défendeurs*) *Intimés*.

1974: le 6 juin; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Négligence—Collision frontale obstruant la route—Passagers blessés dans un véhicule—La conductrice d'une voiture qui suivait court le long de la route pour chercher du secours—Blessée par un camion alors qu'elle fait signe d'arrêter—Le sauveteur a recours contre l'auteur de la collision.*

Le 23 janvier 1970, vers 19h45, l'appelante C conduisait seule la voiture de son mari en direction ouest sur la Transcanadienne. Elle suivait, à 200 pieds de distance environ, une Monarch, quand tout d'un coup une Volvo a heurté de face la Monarch qui était du bon côté de la route. La Volvo, conduite par l'intimé P, appartenait à son père. Elle a été coupée en deux, éjectant les corps de ses trois occupants sur la route et dans le fossé. La Monarch a été arrêtée net. C a dévié vers la gauche et a réussi à se frayer un chemin à travers les débris. Sa voiture est venue s'arrêter presque entièrement sur l'accotement gauche de la chaussée, quelque 40 ou 50 pieds au-delà de la Monarch.

C est immédiatement sortie de sa voiture laissant les phares allumés, et s'est dirigée vers la Monarch où elle a aidé le conducteur blessé. Elle a vu que la femme de ce dernier était également sérieusement blessée et elle est allée cherché du secours. Elle a couru en direction ouest et elle avait dépassé sa voiture de quelque 50 pieds seulement lorsqu'elle vit venir un véhicule. Il s'agissait d'un gros camion-citerne semi-remorque appartenant à la compagnie de transport intimée et conduit par l'intimé S. Elle agita les bras au-dessus de sa tête pour faire signe au chauffeur du camion de s'arrêter. Le chauffeur écrasa les freins ce qui fit faire un saut carpé au

wheels of the tank truck struck C and she was found by the driver lying beside them in the ditch, severely injured.

At the time of the accident, the tank truck was being driven at 58 miles per hour on what S said was "a wet road" and other witnesses said was "an icy road". The headlights were on low beam.

An action brought by C and her husband against all the respondents was dismissed at trial and an appeal was dismissed by the Court of Appeal. The appellants then appealed to this Court.

*Held* (Laskin C.J. and Spence, Pigeon and Beetz JJ. dissenting in part): The appeal against the owner of the Volvo and the administrator of P's estate should be allowed; the appeal against S and the owner of the tank truck should be dismissed.

*Per* Martland, Judson, Ritchie, Dickson and de Grandpré JJ.: P's negligence, the sole cause of the collision between the Volvo and the Monarch, gave rise to an independent and direct obligation to C which continued so long as she was engaged in her attempt at rescue. The potential danger to which C was exposed by reason of her presence on the south shoulder of the highway was a reasonably foreseeable consequence of P's negligence which was a cause, if not the only cause, of C's injury.

On the question of whether or not S was guilty of any negligence which caused or contributed to the injury sustained by C, it was not found that the Courts below were wrong in failing to find that the condition of the highway traversed by S before and at the time of the jack-knifing was such as to have alerted him to any potential danger in travelling it at 58 m.p.h., which was less than the maximum speed limit. The fact that while driving with his lights on low beam, in the conditions which prevailed, S was unable to stop within the range of his visibility did not give rise to a presumption of negligence on his part. As the event turned out, it was a mistake for S to apply his brakes as he did and it was possible that if he had used his hand brake he could have kept his vehicle under better control, but, appreciating that there had been an accident just ahead of him and faced with a gesticulating woman on the side of the highway, he was acting in a moment of imminent

camion qui prit le fossé pour s'arrêter un peu avant la voiture de C. Au cours de cette manœuvre, C fut frappée par les roues jumelées en tandem du côté arrière droit du camion-citerne et le chauffeur l'a retrouvé gisant près d'elles dans le fossé, grièvement blessée.

Au moment de l'accident, le camion-citerne roulait à 58 milles à l'heure sur ce que S a dit être «une route mouillée» et que d'autres témoins ont dit être «une route glacée». Les feux étaient à faisceau-croisement.

Une action intentée par C et son époux contre tous les intimés a été déboutée en première instance et un appel a été rejeté par la Cour d'appel. Les appelants ont ensuite interjeté appel devant cette Cour.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon et Beetz dissidents en partie): Le pourvoi contre le propriétaire de la Volvo et l'administratrice de la succession de P doit être accueillie. Le pourvoi contre S et le propriétaire du camion-citerne doit être rejeté.

*Les* juges Martland, Judson, Ritchie, Dickson et de Grandpré: La négligence de P, la seule cause de la collision entre la Volvo et la Monarch, a donné naissance à une obligation indépendante et directe envers C, obligation qui a continué tant que celle-ci a poursuivi sa tentative de sauvetage. Le danger potentiel auquel C a été exposée en raison de sa présence sur l'accotement sud de la route était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de P, laquelle a été une cause, sinon la seule, des blessures subies par C.

Sur la question de savoir si S a été ou non coupable de quelque négligence qui aurait causé les blessures subies par C ou qui y aurait contribué, on n'a pas conclu que les cours d'instance inférieure avaient commis une erreur en ne concluant pas que la condition de la route parcourue par S avant et au moment du saut carpé de sa remorque était telle qu'il aurait dû prévoir la possibilité d'un danger en circulant à 58 milles à l'heure, ce qui était moins que la vitesse maximum permise. Le fait que bien qu'il conduisît avec ses phares à faisceau-croisement dans les conditions qui existaient alors, S a été incapable d'arrêter dans les limites de son champ de visibilité ne donnait pas naissance à une présomption de négligence de sa part. La suite des événements a démontré que S a commis une erreur en freinant comme il l'a fait et il est possible que s'il s'était servi du frein à levier il aurait pu mieux garder son véhicule sous contrôle, mais il a jugé qu'un accident s'était produit immédia-

emergency and his error of judgment could not be classified as actionable negligence.

*Per* Laskin C.J. and Spence, Pigeon and Beetz JJ., *dissenting in part*: The action should be allowed against all the defendants jointly and severally. The case was not one in which there were sufficient reasons for apportioning the responsibility otherwise than equally as between the truck driver and the owner on the one hand, and the owner of the Volvo and the estate of its deceased driver on the other.

The onus placed on S under *The Vehicles Act*, R.S.S. 1965, c. 377, s. 169(1), to exculpate himself was not discharged. It was not contended that C had been in any way negligent and, therefore, the only proper approach to the question of the liability of S was to ask whether he had shown that it was due to an inevitable accident that his vehicle hit a pedestrian. Even apart from the statutory provision, there was a *prima facie* case of negligence against him on the basis of *res ipsa loquitur*. On his admission, the accident might have been avoided had he not braked so hard or driven into the ditch so soon, and this meant that he had not shown that the accident could not have been avoided by reasonable care. Also, it could not be said that he had shown reasonable care when, on his own admission, he was driving at such a speed that he could not stop in his range of visibility with the lights he was using.

P's negligence resulting in the head-on collision with the Monarch and the consequent emergency was a contributory cause of C's injuries. The situation of peril created by P had not ended when C ran for help. To say that she was not then acting in danger nor anticipating any danger created by the acts of P was to ignore the realities of the situation. What she was doing was nothing but the proper reaction to those acts and an attempt to avoid or to mitigate some of their consequences.

[*Videan v. British Transport Commission*, [1963] 2 Q.B. 650; *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441, applied; *Wagner v. International R. Co. (N.Y.)* (1921), 232 N.Y. Rep. 176; *Baker v. T.E. Hopkins & Son Ltd.*, [1959] 1 W.L.R. 966; *Haynes v. Harwood*, [1935] 1 K.B. 146; *Chapman v. Hearse* (1961), 106

tement devant lui et il a fait face à une femme gesticulant sur le côté de la route. Dans les circonstances, il a agi dans un moment de situation critique éminente et son erreur de jugement ne peut être classée comme une négligence donnant lieu à poursuites.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon et Beetz, *dissidents en partie*: L'action doit être accueillie contre tous les défendeurs conjointement et solidairement. Il ne s'agit pas d'un cas où il y avait des motifs suffisants pour répartir la responsabilité autrement que de façon égale entre le chauffeur du camion et son propriétaire d'une part et le propriétaire de la Volvo et la succession de son conducteur d'autre part.

S ne n'est pas acquitté du fardeau de la preuve que lui imposait le par. (1) de l'art. 169 du *The Vehicles Act*, R.S.S. 1965, c. 377. On n'a pas soutenu que C avait de quelque façon été négligente et par conséquent la seule façon d'envisager correctement la question de la responsabilité de S était de se demander s'il a démontré que son véhicule a heurté un piéton à cause d'un accident inévitable. Même en dehors de la disposition législative, il existait une preuve *prima facie* de négligence à son encontre sur la base de la *res ipsa loquitur*. De son propre aveu, l'accident aurait pu être évité s'il n'avait pas freiné si fort et ne s'était pas dirigé dans le fossé si vite, et cela signifie qu'il n'a pas démontré qu'il ne pouvait pas éviter l'accident en apportant un soin raisonnable. Aussi on ne pourrait pas dire qu'il a apporté tout le soin nécessaire lorsqu'il admet lui-même qu'il conduisait à une vitesse telle qu'il ne pouvait s'arrêter dans son champ de visibilité compte tenu de la puissance du faisceau qu'il utilisait.

La négligence de P qui a entraîné la collision frontale avec la Monarch et la situation d'urgence qui s'ensuivit ont été une cause contributive des blessures de C. La situation périlleuse créée par P n'avait pas cessé lorsque C a couru chercher du secours. Dire qu'elle n'agissait pas alors sous le coup du danger et qu'elle n'envisageait pas de danger résultant des agissements de P, c'est méconnaître la réalité de la situation. Face à ces agissements, sa réaction a été simplement normale, elle n'a fait qu'essayer d'éviter ou atténuer certaines de leurs conséquences.

[Arrêts appliqués: *Videan v. British Transport Commission*, [1963] 2 Q.B. 650; *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441. Arrêts mentionnés: *Wagner v. International R. Co. (N.Y.)* (1921), 232 N.Y. Rep. 176; *Baker v. T.E. Hopkins & Son Ltd.*, [1959] 1 W.L.R. 966; *Haynes v. Harwood*, [1935] 1 K.B. 146;

C.L.R. 112; *Winnipeg Electric Company v. Geel*, [1932] A.C. 690; *Morris v. Luton Corporation*, [1946] K.B. 114; *McMillan v. Murray*, [1935] S.C.R. 572, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan[1], affirming a judgment of Davis J. dismissing the appellants' claim against all the respondents for damages sustained by the female appellant in a highway accident. Appeal allowed against two of the respondents and dismissed against the two remaining respondents, Laskin C.J. and Spence, Pigeon and Beetz JJ. dissenting in part.

*James A. Griffin, Q.C.*, and *Clarence W. Vause*, for the plaintiffs, appellants.

*John B. Goetz, Q.C.*, and *Hugh D. McLaren*, for the defendants, respondents, T.R. Poupard and Guaranty Trust Company of Canada.

*L. J. Billesberger*, for the defendants, respondents, Ostop Slobodian and J. Kearns Transport Ltd.

The judgment of Laskin C.J. and Beetz J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting in part*)—I agree with my brother Ritchie that the liability of Poupard to Mrs. Corothers may properly be assessed in terms of the rescue doctrine, now a well-accepted principle in this Court respecting liability in negligence. However, on the question of the liability of Slobodian, I am in agreement with my brother Pigeon.

I would dispose of this appeal as proposed by my brother Pigeon.

The judgment of Martland and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—I have read the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Ritchie and I would dispose of the appeal in the fashion suggested by him.

[1] (1973), 36 D.L.R. (3d) 597.

*Chapman v. Hearse* (1961), 106 C.L.R. 112; *Winnipeg Electric Company v. Geel*, [1932] A.C. 690; *Morris v. Luton Corporation*, [1946] K.B. 114; *McMillan c. Murray*, [1935] R.C.S. 572.]

POURVOI à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan[1], confirmant un jugement du juge Davis rejetant la réclamation des appelants contre tous les intimés pour les dommages subis par l'appelante dans un accident d'automobile. Pourvoi accueilli contre deux des intimés et rejeté contre les deux autres, le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon et Beetz étant dissidents en partie.

*James A. Griffin, c.r.*, et *Clarence W. Vause*, pour les demandeurs, appelants.

*John B. Goetz, c.r.*, et *Hugh D. McLaren*, pour les défendeurs, intimés, T.R. Poupard et Guaranty Trust Company of Canada.

*L. J. Billesberger*, pour les défendeurs, intimés, Ostop Slobodian et J. Kearns Transport Ltd.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Beetz a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident en partie*)—Je suis d'accord avec mon collègue le juge Ritchie que la responsabilité de Poupard envers M^me^ Corothers peut à juste titre être jugée conformément à la théorie du sauvetage, un principe maintenant bien accepté en cette Cour à l'égard de la responsabilité pour négligence. Cependant, sur la question de la responsabilité de Slobodian, je suis d'accord avec mon collègue le juge Pigeon.

Je déciderais de ce pourvoi comme le propose mon collègue le juge Pigeon.

Le jugement des juges Martland et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—J'ai lu les motifs de jugement que mon collègue le juge Ritchie a préparés pour dépôt et je déciderais ce pourvoi de la façon qu'il le propose.

[1] (1973), 36 D.L.R. (3d) 597.

On the facts of this case, in the light of the evidence that Mrs. Corothers was just starting on her errand of mercy at the time of the accident, I share the view that the rescuer is entitled to indemnity from the original wrongdoer. At this time, there is no need for this Court to go any further. I leave to some other occasion the determination of the wrongdoer's liability should the factors of time and space be different, *e.g.* if Mrs. Corothers had been injured two miles further west when approaching the farm towards which she was heading.

And it is precisely because the events relevant to this case took place within narrow confines of time and space that I concur in the findings that the truck driver was not negligent. His reaction to apply the brakes hard was a natural one when he saw a gesturing pedestrian and realized that an accident must have occurred "there".

The judgment of Judson, Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of Saskatchewan affirming the judgment rendered at trial by Mr. Justice C. S. Davis whereby he had dismissed the appellants' claim against all the respondents for damages sustained by Mrs. Corothers when she was struck by a semi-trailer truck operated by the respondent Slobodian and owned by J. Kearns Transport Ltd., while running along the side of the highway to seek aid for a man and his wife who had been seriously injured in a head-on collision between the Monarch car in which they were driving and a Volvo owned by the respondent Thomas Russell Poupard and driven by his son, who was unfortunately killed in the accident.

I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Pigeon and I am, generally speaking, in accord with his careful analysis of the facts

Sur les faits de l'espèce, à la lumière de la preuve suivant laquelle la mission de bienfaisance qu'entreprenait M^me^ Corothers ne faisait que débuter au moment de l'accident, je suis d'avis moi aussi que le sauveteur a droit à une indemnité de la part du premier auteur. A ce moment-ci, cette Cour n'a pas besoin d'aller plus loin. Décider quelle pourrait être la responsabilité de l'auteur de la faute si les facteurs de temps et d'espace étaient différents, par exemple si M^me^ Corothers avait été blessée deux milles plus loin à l'ouest en approchant de la ferme vers laquelle elle se dirigeait, sera pour une autre fois.

Et c'est précisément parce que les faits pertinents en l'espèce se sont produits dans d'étroites limites de temps et d'espace que je souscris aux conclusions suivant lesquelles le conducteur du camion n'a pas été négligent. Sa réaction de freiner à fond, lorsqu'il a vu un piéton gesticulant et s'est rendu compte qu'il devait y avoir eu un accident «là», a été une réaction normale.

Le jugement des juges Judson, Ritchie et Dickson a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan confirmant le jugement rendu en première instance par M. le juge C.S. Davis qui a rejeté la réclamation des appelants contre tous les intimés pour les blessures subies par M^me^ Corothers lorsqu'elle a été heurtée par un camion semi-remorque conduit par l'intimé Slobodian et appartenant à J. Kearns Transport Ltd. M^me^ Corothers a été blessée alors qu'elle courait sur le côté de la grande route cherchant du secours pour un homme et sa femme qui avaient été sérieusement blessés dans une collision frontale entre la voiture Monarch dans laquelle ils voyageaient et une voiture Volvo appartenant à l'intimé Thomas Russell Poupard et conduite par son fils, qui malheureusement a été tué dans l'accident.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement que mon collègue le juge Pigeon a préparés pour dépôt et je suis, de façon générale, d'accord avec son analyse soigneuse des faits

giving rise to the action which is the subject-matter of this appeal.

There does not appear to be any dispute about the fact that Neil Francis Poupard, who was driving his father's Volvo car in an easterly direction, was on his wrong side of the highway when he collided head-on with a Monarch driven by Anton Hammerschmid, and that his negligence was the sole cause of that collision.

The immediate results of the collision between the two vehicles are, as I have indicated, fully and accurately described in the reasons for judgment of my brother Pigeon and disclose that when Mrs. Corothers came upon the scene immediately after the impact she was faced with a situation of the utmost gravity, dead bodies were strewn over the highway which was also blocked by debris and the remains of the two vehicles. She turned her attention at once to the condition of the driver of the Monarch and his wife; the driver was unable to get to his feet, his face was covered with blood coming from his nose and eyes, he had difficulty in breathing and his leg was also bleeding profusely. His wife was lying partially on the floor of the car unconscious and making no sound except a low moan. The appellant's action in running up the highway to seek help as she did was, in my opinion, more than justified by the imminent peril in which she found the Hammerschmids. It was indeed a question of life and death as the subsequent death of Mrs. Hammerschmid unhappliy demonstrated, and it was a situation for which the driver of the Volvo was solely responsible.

Mrs. Corothers was, in my opinion, a true "rescuer" as that role was described by Cardozo J. in *Wagner v. International R. Co. (N.Y.)*[2], at p. 180, where he said:

Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its conse-

[2] (1921), 232 N.Y. Rep. 176.

dont découle l'action qui fait l'objet de ce pourvoi.

Il ne semble pas y avoir de désaccord sur le fait que Neil Francis Poupard, qui conduisait la Volvo de son père en direction est, était sur le mauvais côté de la route lorsqu'il heurta de face une Monarch conduite par Anton Hammerschmid et que la négligence de Poupard a été la seule cause de la collision.

Les conséquences immédiates de la collision entre les deux voitures sont, comme je l'ai mentionné, complètement et exactement décrites dans les motifs de mon collègue le juge Pigeon. L'une de ces conséquences est que lorsque M^me^ Corothers arriva sur les lieux, immédiatement après la collision, elle se trouva face à une situation d'une gravité extême. Des cadavres jonchaient la route qui était obstruée aussi par les débris et les restes des deux voitures. Elle porta immédiatement son attention sur l'état du conducteur de la Monarch et de sa femme; le conducteur était incapable de se lever, il avait le visage couvert du sang coulant de son nez et de ses yeux, il respirait difficilement et il saignait aussi abondamment d'une jambe. Son épouse étendue partiellement sur le plancher de la voiture était inconsciente et n'émettait aucun son, sauf de faibles gémissements. Le geste de l'appelante, courant sur la route pour chercher du secours comme elle l'a fait, était, à mon avis, plus que justifié par la situation éminemment périlleuse dans laquelle elle a trouvé les époux Hammerschmid. Il y avait là effectivement une question de vie et de mort, ce que le décès subséquent de M^me^ Hammerschmid a malheureusement démontré, et il s'agissait d'une situation dont le conducteur de la Volvo était le seul responsable.

M^me^ Corothers était, à mon avis, un véritable «sauveteur», suivant la description donnée à ce rôle par le juge Cardozo dans l'arrêt *Wagner v. International R.R. (N.Y.)*[2], à la p. 180, où il dit:

[TRADUCTION] Le danger appelle le sauvetage. Le cri de détresse représente la demande pressante d'aide. Le droit ne met pas de côté ces réactions de

[2] (1921), 232 N.Y. Rep. 176.

quences. It recognises them as normal. It places their effects within the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong to the imperilled victim; it is a wrong also to his rescuer . . . The risk of rescue, if only it be not wanton, is born of the occasion. The emergency begets the man. The wrongdoer may not have foreseen the coming of a deliverer. He is accountable as if he had.

This language was expressly adopted by Willmer L.J. in *Baker v. T. E. Hopkins & Son Ltd.*[3], at p. 981.

The duty of a wrongdoer to the rescuer of his victim was developed in the United States of America some time before it received authoritative approval in England where it had sometimes been held that the doctrine of voluntary assumption of risk could be invoked as a defence to the rescuer's claim, but in the case of *Haynes v. Harwood*[4], Greer L.J. accepted the American rule as stated by Professor Goodhart in the Cambridge Law Journal, vol. v., at p. 192, in the following terms:

In accurately summing up the American authorities . . . the learned author says this (p. 196): "The American rule is that the doctrine of the assumption of risk does not apply where the plaintiff has, under an exigency caused by the defendant's wrongful misconduct, consciously and deliberately faced a risk, even of death, to rescue another from imminent danger of personal injury or death, whether the person endangered is one to whom he owes a duty of protection, as a member of his family, or is a mere stranger to whom he owes no such special duty." In my judgment that passage not only represents the law of the United States, but I think it also accurately represents the law of this country.

In commenting on the difficulties raised by some of the earlier authorities in defining the scope of the wrongdoer's duty in cases where the plaintiff has sustained injury in rescuing or attempting to rescue a victim from the conse-

[3] [1959] 1 W.L.R. 966.
[4] [1935] 1 K.B. 146.

l'esprit en retraçant les conséquences du comportement d'un individu. Il les reconnaît comme normales. Il considère leurs effets comme étant de la catégorie des choses naturelles et probables. La faute qui met la vie en danger est une faute envers la victime; c'est aussi une faute envers son sauveteur . . . Le risque du sauvetage, à condition que le sauvetage ne soit pas téméraire, découle de l'occasion. Les circonstances critiques ont amené le sauveteur. L'auteur de la faute peut n'avoir pas prévu son arrivée, il est responsable comme s'il l'avait fait.

Cet énoncé a été adopté expressément par Lord Willmer dans l'arrêt *Baker v. T. E. Hopkins & Son Ltd.*[3], à la p. 981.

L'obligation de l'auteur de la faute envers le sauveteur de la victime a eu son origine aux État-Unis quelque temps avant qu'elle ne reçoive en Angleterre, une approbation autorisée, où on avait quelquefois statué que la théorie de l'acceptation volontaire du risque pouvait être invoquée comme moyen de défense à l'encontre de la réclamation du sauveteur, mais dans l'affaire *Haynes v. Harwood*[4], la règle du droit américain telle qu'énoncée par le professeur Goodhart dans le Cambridge Law Journal, vol. v., à la p. 192, a été acceptée par Lord Greer dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Dans son résumé exact des précédents américains . . . le savant auteur dit ceci (p. 196): La règle américaine est que la théorie de l'acceptation du risque ne s'applique pas lorsque le demandeur a, en vertu d'une exigence causée par l'inconduite préjudiciable du défendeur, consciemment et délibérément pris un risque, même mortel, pour sauver une personne d'un danger imminent de blessures ou de mort, que la personne en danger en soit une envers qui il a un devoir de protection, comme un membre de sa famille, ou qu'elle soit un pur étranger envers qui il n'a aucun semblable devoir spécial. A mon avis ce passage ne représente pas seulement le droit des États-Unis, mais je crois qu'il représente aussi de façon exacte le droit de notre pays.

En commentant les difficultés soulevées par quelques-uns des précédents antérieurs dans la définition de l'étendue de l'obligation de l'auteur de la faute dans des cas où le demandeur a subi des blessures en sauvant ou en tentant de

[3] [1959] 1 W.L.R. 966.
[4] [1935] 1 K.B. 146.

quences of the wrongdoing, Fleming in the 4th edition of his *Law of Torts* at p. 158 has this to say:

These various difficulties are therefore best overcome by basing the rescuer's cause of action on the defendant's negligence, not in its tendency to imperil the person rescued, but in its tendency to induce the rescuer to encounter the danger. Thus viewed, the duty to the rescuer is clearly independent rather than derivative, and it becomes immaterial that the person to be rescued and the defendant are one and the same.

And the same learned author further states, at p. 159:

Much like voluntary assumption of risk, so the plea of contributory negligence has also fallen into disfavour. Today, it stands no real chance of success unless the rescue attempt was utterly foolhardy.

This latter statement is supported also in the reasons for judgment of Willmer L.J. in *Baker v. T. E. Hopkins & Son Ltd.*, *supra*, at p. 981 where he says:

Assuming the rescuer not to have acted unreasonably, therefore, it seems to me that he must normally belong to the class of persons who ought to be within the contemplation of the wrongdoer as being closely and directly affected by the latter's act.

The same thought was more fully expressed in a passage from the reasons for judgment of Lord Denning in *Videan v. British Transport Commission*[5], at p. 669, which was expressly adopted in this Court in *Horsley v. MacLaren*[6], at p. 444, and reads as follows:

"It seems to me that, if a person *by his fault* creates a situation of peril, he must answer for it to any person who attempts to rescue the person who is in danger. He owes a duty to such a person above all others. The rescuer may act instinctively out of humanity or deliberately out of courage. But whichever it is, so long as it is not wanton interference, if the rescuer is killed or injured in the attempt, he can recover dam-

[5] [1963] 2 Q.B. 650.
[6] [1972] S.C.R. 441.

sauver une victime des conséquences de l'acte fautif, Fleming, dans la 4e édition de son volume «*Law of Torts*», à la p. 158, dit ceci:

[TRADUCTION] Par conséquent la meilleure façon de résoudre ces difficultés est de fonder la cause d'action du sauveteur sur la négligence du défendeur, non pas dans sa tendance à mettre en danger la personne qui doit être sauvée, mais dans sa tendance à induire le sauveteur à s'exposer lui-même au danger. Sous cet angle, le devoir envers le sauveteur est clairement indépendant plutôt que subsidiaire, et il devient sans importance que la personne qui doit être sauvée soit elle-même le défendeur.

Et le savant auteur mentionne plus loin, à la p. 159:

A peu près comme la théorie de l'acceptation volontaire du risque, le moyen de négligence commune aussi est tombé en défaveur. Aujourd'hui, il n'aurait réellement aucune chance d'être accepté à moins que la tentative de sauvetage n'ait été tout à fait téméraire.

Ce dernier énoncé est appuyé également par les motifs de jugement du Lord juge Willmer dans l'arrêt *Baker v. T. E. Hopkins & Son Ltd.*, *supra*, p. 981:

[TRADUCTION] Si l'on accepte que le sauveteur n'a pas agi de façon déraisonnable, par conséquent, il me semble qu'il devrait normalement être classé dans la catégorie de personnes que l'auteur de la faute doit prévoir comme devant être touchées de très près et directement par son acte.

La même idée a été exprimée de façon plus complète dans un passage des motifs de Lord Denning dans l'arrêt *Videan v. British Transport Commission*[5], à la p. 669, un passage qui a été expressément adopté par cette Cour dans l'arrêt *Horsley c. MacLaren*[6], à la p. 444, et qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] «Il semble que si, *par sa faute*, une personne crée une situation périlleuse, elle doit en répondre à quiconque tente de sauver la personne en danger. Elle a un devoir envers lui plus qu'envers tout autre. Le sauveteur peut agir instinctivement, par esprit d'humanité, ou de façon délibérée, par courage. Mais quoi qu'il en soit, aussi longtemps que son intervention n'est pas téméraire, le sauveteur qui est

[5] [1963] 2 Q.B. 650.
[6] [1972] R.C.S. 441.

ages *from the one whose fault has been the cause of it.*"

In my opinion there was nothing wanton in Mrs. Corothers' behaviour in face of the peril to the Hammerschmids. The fact that she parked her car on the far left side of the highway is explained by the state of the highway at the scene after the collision and her action in going for help as she did and in attempting to flag down the approaching traffic, were, in my view, perfectly normal reactions to the cry of distress from the injured man and the situation which I have described.

In the course of his reasons for judgment in the Court of Appeal, Mr. Justice Woods had this to say:

> It is to be noted that the female plaintiff had completed all that she was going to do at the scene of the collision before the arrival of the truck driven by Slobodian. She had left the scene of the accident and her activities had reached a new stage. The situation of peril created by Poupard had ended. The plaintiff was not then acting in danger nor anticipating any danger created by the acts of Poupard. The injury suffered arose from a new act or circumstance, which was not one that ought reasonably to have been foreseeable by Poupard.

With the greatest respect for the views thus expressed I am unable to agree that "the situation of peril . . . had ended" so long as Mr. Hammerschmid was seriously injured and apparently helpless and his wife near to death on the floor of the car due to Poupard's negligence. Mr. Justice Woods' approach appears to me to amount to a finding that Mrs. Corothers' actions constituted a *novus actus interveniens* breaking the chain of causation activated by the negligence of Poupard and it seems to me that this reasoning runs contrary to the principle now accepted in this country establishing the duty owing by a wrong-doer to the rescuer of a victim of his negligence and that Mrs. Corothers, having been injured in an attempt to rescue such a victim "can recover damages from the one whose fault has been the cause of it."

tué ou blessé au cours de la tentative peut obtenir des dommages-intérêts *de la personne dont la faute en a été la cause.*»

A mon avis, il n'y avait rien de téméraire dans le comportement de M^me^ Corothers en face de la situation périlleuse des époux Hammerschmid. Le fait qu'elle ait stationné sa voiture complètement sur le côté gauche de la route s'explique par l'état de la route après la collision, et le geste qu'elle a posé en cherchant du secours comme elle l'a fait et en tentant d'arrêter les voitures qui s'en venaient était, selon moi, une réaction parfaitement normale suscitée par le cri de détresse de l'homme blessé et la situation que j'ai décrite.

Dans ses motifs de jugement en Cour d'appel, M. le juge Woods a dit ceci:

> [TRADUCTION] On doit noter que la demanderesse avait terminé tout ce qu'elle avait l'intention de faire sur la scène de la collision avant l'arrivée du camion conduit par Slobodian. Elle avait quitté la scène de l'accident et ses initiatives entraient dans une nouvelle phase. La situation périlleuse créée par Poupard n'existait plus. La demanderesse n'agissait pas à ce moment-là sous le coup du danger et elle n'envisageait pas de danger résultant des agissements de Poupard. Le préjudice subi découle d'une action ou situation nouvelle, qui n'en était pas une qui aurait dû raisonnablement être prévisible pour Poupard.

Tout en ayant le plus grand respect pour l'opinion exprimée, je ne puis accepter que «la situation périlleuse . . . n'existait plus», alors qu'en raison de la négligence de Poupard, M. Hammerschmid était grièvement blessé et apparemment incapable de bouger et son épouse à l'agonie sur le plancher de la voiture. Le point de vue de M. le juge Wood m'apparaît équivaloir à une conclusion que les gestes de M^me^ Corothers ont constitué un *novus actus interveniens* rompant la chaîne de causalité créée par la négligence de Poupard et il me semble que ce raisonnement va à l'encontre du principe maintenant accepté en ce pays établissant le devoir qu'a l'auteur de la faute envers le sauveteur qui vient en aide à la victime de sa négligence et que M^me^ Corothers, ayant subi des blessures dans une tentative de venir en aide à une telle victime «peut obtenir des dommages-intérêts de la personne dont la faute en a été la cause.»

The negligence in the driving of the Volvo gave rise to an independent and direct obligation to Mrs. Corothers which continued so long as she was engaged in her attempt at rescue, and unless it be accepted that this obligation did not extend beyond the time when she left the actual scene of the collision and that her injury was solely attributable to an intervening act of negligence by Slobodian, it must be concluded that, if Poupard's negligence was not the sole cause of the second accident, it was assuredly a cause which contributed to it in substantial degree. It should be observed that even if there was something wrongful about the conduct of Slobodian when faced with the gesticulating figure of Mrs. Corothers approaching on the edge of his right side of the highway, his actions were in any event such as to be a reasonably foreseeable consequence of the prior negligence of Poupard. In this regard some assistance is to be derived from the judgment of the High Court of Australia in *Chapman v. Hearse*[7], where a negligent driver (Chapman) had caused a motor vehicle collision in which he was thrown on to the highway and seriously injured and a passing motorist who happened to be a doctor, stopped to give him assistance when he was struck and killed by an approaching vehicle whose driver (Hearse) was also found to be negligent. The doctor's executors sued Hearse who claimed indemnity or contribution from Chapman, and whose claim was allowed to the extent of one-fourth of his damages both at trial and in the Supreme Court of South Australia. In dismissing the appeal, the High Court observed, at p. 125:

There can, we think, be no doubt that Dr. Cherry's presence in the roadway was, immediately, the result of Chapman's negligent driving and if any support for

[7] (1961), 106 C.L.R. 112.

La négligence dans la conduite de la Volvo a donné naissance à une obligation indépendante et directe envers M^me^ Corothers, obligation qui a continué tant que celle-ci a poursuivi sa tentative de sauvetage, et à moins qu'on n'accepte que cette obligation n'a pas subsisté au-delà du moment où M^me^ Corothers a quitté la scène même de l'accident, et que les blessures de celle-ci ont résulté uniquement d'un acte de négligence subséquent imputable à Slobodian, on doit conclure que, si la négligence de Poupard n'a pas été la seule cause du second accident, elle a été certainement une cause qui y a contribué pour beaucoup. On doit remarquer que même s'il y a eu quelque chose de fautif dans la conduite de Slobodian lorsqu'apparut devant lui une forme gesticulante, qui était celle de M^me^ Corothers venant en sens inverse sur l'accotement qui se trouvait à la droite de Slobodian, les actes de ce dernier étaient de toute façon de nature à constituer une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence antérieure de Poupard. A l'appui de ce point de vue, un jugement de la Haute cour d'Australie, soit l'arrêt *Chapman v. Hearse*[7], peut nous être utile. Dans cette affaire-là, un conducteur négligent (Chapman) avait causé un accident d'automobile, dans lequel il avait été projeté sur la route et grièvement blessé, et un automobiliste qui passait et par hasard était médecin s'arrêta pour lui venir en aide mais fut heurté et tué par une voiture qui passait et dont le conducteur (Hearse) a aussi été trouvé négligent. Les exécuteurs du médecin ont poursuivi Hearse, lequel a réclamé un remboursement ou une contribution de Chapman et a obtenu gain de cause contre ce dernier à concurrence du quart de ses dommages, tant en première instance qu'en Cour suprême d'Australie-Méridionale. En rejetant l'appel, la Haute Cour a noté, à la p. 125:

[TRADUCTION] Nous croyons qu'il ne peut avoir aucun doute que la présence du Dr Cherry sur la route était, de façon immédiate, la conséquence de la

[7] (1961), 106 C.L.R. 112.

this conclusion should be thought to be necessary ample can be found in the analogous so-called "rescue cases". The degree of risk which his presence in the roadway entailed depended, of course, on the circumstances as they in fact existed and the circumstances were, in fact, such that the risk of injury from passing traffic was real and substantial and not, as would have been the case if the accident had happened in broad daylight, remote and fanciful. Perhaps, some confirmation for the proposition that the risk was substantial may be found in the fact that within a minute or two, or even less, Dr. Cherry was run down by a driver whose vision of the roadway must have been impeded to a great extent by the prevailing conditions. In these circumstances, we have no doubt that Chapman's negligence must be regarded as a cause of Dr. Cherry's death and since, for the reasons which we have given, some casualty of that character was within the realm of reasonable foreseeability the judgment against Chapman should stand.

As I have indicated, the potential danger to which Mrs. Corothers was exposed by reason of her presence on the south shoulder of the highway was a reasonably foreseeable consequence of Poupard's negligence which in my view was a cause, if not the only cause, of Mrs. Corothers' injury.

In my opinion, the critical question in this case is whether or not Slobodian was quilty of any negligence which caused or contributed to the injury sustained by the appellant.

It was strongly suggested in the course of the argument that both the trial judge and the Court of Appeal had failed to give sufficient heed to the burden resting on Slobodian by reason of the provisions of s. 169(1) of *The Vehicles Act*, R.S.S. 1965, c. 377, which read as follows:

169.—(1) Where loss, damage or injury is sustained by a person by reason of a motor vehicle upon a highway, the onus of proof that the loss or damage did not entirely or solely arise through the negligence or improper conduct of the owner or driver of the motor vehicle is on the owner or driver.

conduite négligente de Chapman, et si l'on croit qu'il est nécessaire d'étayer cette conclusion, les appuis sont nombreux dans les affaires analogues appelées "affaires de sauvetage" (*rescue cases*). Le degré de risque suscité par sa présence sur la route dépend, naturellement, des circonstances qui effectivement existaient alors et ces circonstances étaient effectivement telles que le risque d'être blessé par les voitures qui circulaient était réel et sérieux et non pas, comme si l'accident s'était produit en plein jour, lointain et sans fondement. L'énoncé que le risque était sérieux peut être confirmé peut-être d'une certaine façon par le fait qu'après une minute ou deux, ou même moins, le Dr Cherry a été renversé par un conducteur dont la visibilité a dû être extrêmement gênée par les conditions existantes. Dans ces circonstances, nous n'avons aucun doute que la négligence de Chapman doit être considérée comme une cause de la mort du Dr Cherry et puisque, pour les motifs que nous avons déjà donnés, un accident de cette nature était dans les limites d'une prévisibilité raisonnable, le jugement contre Chapman devrait être maintenu.

Comme je l'ai mentionné, le danger potentiel auquel M^me^ Corothers a été exposée en raison de sa présence sur l'accotement sud de la route était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Poupard, laquelle à mon avis a été une cause, sinon la seule, des blessures subies par M^me^ Corothers.

Selon moi, la question critique en l'espèce est de savoir si Slobodian a été ou non coupable de quelque négligence qui aurait causé les blessures subies par l'appelante ou qui y aurait contribué.

On a fortement fait valoir au cours des plaidoiries que le juge de première instance aussi bien que la Cour d'appel n'ont pas tenu suffisamment compte du fardeau de la preuve imposé à Slobodian en vertu des dispositions du par. (1) de l'art. 169 de *The Vehicles Act*, R.S.S., c. 377. L'article se lit comme suit:

[TRADUCTION] 169.—(1) Quand une personne subit une perte, un dommage ou une blessure à cause d'un véhicule automobile sur un chemin public, le fardeau de la preuve que la perte ou le dommage ne résulte pas entièrement ou uniquement de la négligence ou de la conduite répréhensible du propriétaire ou du conducteur du véhicule automobile incombe au propriétaire ou au conducteur.

(2) This section does not apply in case of a collision between motor vehicles upon a highway, nor to an action brought by a passenger in a motor vehicle, other than a public service vehicle, in respect of injuries sustained by him while a passenger.

Evidence for and against Slobodian was given in respect of the issue of negligence. The Courts below came to a definite conclusion, after weighing the evidence, that Slobodian had not been negligent. In that situation the statutory onus ceased to be a factor. (See *Winnipeg Electric Company v. Geel*[8], at p. 698.) The question now before this Court is as to whether that conclusion was justified.

It was strongly contented that Slobodian was negligent in applying his brakes as he did and failing to use the hand lever which would have affected only his trailer wheels and thus prevented his jack-knifing, and it was put against him also that in driving at 58 miles an hour on a wet or icy road with his lights on low beam, he was guilty of negligence which resulted in his hitting Mrs. Corothers.

Dealing first with the question of speed under the existing circumstances, Slobodian himself gave the following evidence of the condition of the highway as he approached the accident scene after leaving Swift Current approximately 14½ miles away:

Q. Now as you proceeded east out of Swift Current, what was the condition of the road?

A. It was wet.

Q. Was it icy that you noticed?

A. No, it was not icy at all. I couldn't tell but my unit was sticking to the road real good, and there was no sign of—of it swaying or anything like that.

[8] [1932] A.C. 690.

(2) Le présent article ne s'applique pas dans le cas d'une collision entre véhicules automobiles sur un chemin public, et ne s'applique pas à une action intentée par le passager d'un véhicule automobile, autre qu'un véhicule automobile à l'usage du public, pour les blessures subies par lui alors qu'il était un passager.

Sur la question de la négligence de Slobodian, on a présenté des preuves favorables à ce dernier ainsi que des preuves défavorables. Les cours d'instance inférieure en sont venues à une conclusion définitive, après avoir pesé l'ensemble de la preuve, que Slobodian n'avait pas été négligent. Dans un tel cas, le fardeau statutaire cesse d'être un facteur. (Voir l'arrêt *Winnipeg Electric Company v. Geel*[8], à la p. 698.) La question maintenant en litige en cette Cour est de décider si cette conclusion était justifiée.

On a prétendu avec insistance que Slobodian a été négligent en freinant de la façon qu'il l'a fait et en omettant d'utiliser le levier manuel qui aurait freiné seulement les roues de la remorque et empêché ainsi que son véhicule fasse un saut carpé. On a aussi prétendu qu'en conduisant à 58 milles à l'heure sur une surface mouillée ou glacée avec ses phares à faisceau-croisement, il s'est rendu coupable d'un acte de négligence qui a eu pour conséquence qu'il a heurté M^me^ Corothers.

Traitant d'abord de la question de la vitesse dans les circonstances existantes, Slobodian lui-même a témoigné sur l'état de la route alors qu'il approchait de la scène de l'accident après être parti de Swift Current, situé à environ 14 milles et demi de là:

[TRADUCTION] Q. Maintenant alors que vous vous dirigiez vers l'est, venant de Swift Current, quelle était la condition de la route?

R. Elle était mouillée.

Q. Avez-vous remarqué qu'elle était glacée?

R. Non, elle n'était pas glacée du tout. Ce qui me permet de le dire, c'est que ma remorque adhérait très bien à la chaussée, et qu'il n'y avait aucun mouvement de—de déportement ou de quelque chose du genre.

[8] [1932] A.C. 690.

And he was later asked by the trial judge:

Q. Tell me this. The road from Swift Current to the scene of the accident that night, was it such that gave you any trouble?

A. No, I had no trouble at all.

Q. Not skidding or anything like that?
A. No. The highway was wet but there was no skidding at any time.

Q. But with eighteen wheels I don't suppose you skid very much even on wet highway, do you?

A. No.

The witness McCann, who reached the scene almost immediately after Mrs. Corothers was struck, said:

Q. While you were on the surface of the highway, did you notice anything of its condition that evening?
A. At the time of the accident?

Q. Yes.
A. At the time of the accident it was wet. It had been a hot day that day, it had been up in the forties, it had thawed, and we had had cold weather before that and the frost had come out of the highway, which made it wet. Later it froze—it froze into ice later that night.

Q. And how did you find it, when you were there, in terms—

THE COURT:

Q. It froze later, after the accident, did it?
A. Well, I would imagine that it was freezing then but it hadn't—it hadn't froze into ice at the time we were there.

MR. GRIFFIN continuing:

Q. And did you find it slippery?
A. No, I didn't, no.

Q. You were just walking around?
A. No, I would say we were hurrying anyhow if not running.

The R.C.M.P. constable who was on highway patrol out of Swift Current, arrived at the scene approximately 15 minutes after the collision and although he stated that he found that the condition of ice on the highway varied, he was also of

Et plus tard, le juge de première instance lui demanda:

Q. Dites-moi ceci. La route à partir de Swift Current jusqu'à la scène de l'accident cette nuit-là, était-elle dans une condition qui aurait pu vous causer quelque ennui?
R. Non, je n'ai eu aucun ennui.

Q. Pas de dérapage ou quelque chose du genre?
R. Non. La route était mouillée mais je n'ai en aucun temps dérapé.

Q. Mais avec un véhicule de 18 roues, j'imagine que vous ne dérapez pas beaucoup même sur une route mouillée, n'est-ce pas?
R. Non.

Le témoin McCann, qui est arrivé sur la scène de l'accident presque immédiatement après que M^me^ Corothers eut été heurtée, a déclaré:

[TRADUCTION] Q. Alors que vous marchiez sur la chaussée, avez-vous remarqué quelque chose à l'égard de la condition de la route ce soir-là?
R. Au moment de l'accident?

Q. Oui.
R. Au moment de l'accident; la chaussée était mouillée. Cette journée avait été assez chaude, le thermomètre était monté dans les quarante et le temps avait été au dégel. Comme il avait fait froid avant cela, il y avait eu dégel et la chaussée était mouillée. Plus tard il a gelé—c'est devenu glacé plus tard cette nuit-là.

Q. Et comment avez-vous trouvé les conditions, alors que vous étiez là, d'après—

LE TRIBUNAL:

Q. Il a gelé plus tard, après l'accident, n'est-ce pas?
R. Bien, je croirais qu'à ce moment-là, il gelait mais ce n'était pas—ce n'était pas encore devenu glacé au moment où nous étions là.

M. GRIFFIN, poursuivant l'interrogatoire:

Q. Et avez-vous trouvé la chaussée glissante?
R. Non, je ne l'ai pas touvée glissante, non.

Q. Vous marchiez seulement alentour?
R. Non je dirais que nous nous dépêchions tout de même si nous ne courions pas.

Le constable de la Gendarmerie royale qui patrouillait la route en provenance de Swift Current, est arrivé sur les lieux approximativement quinze minutes après la collision et bien qu'il ait déclaré que les conditions de la route,

opinion that a good safe speed for an ordinary car would have been between 40 and 50 miles an hour and that a semi-trailer with eighteen wheels on it could go faster than that. The fact of the matter was that this constable traversed the highway between Swift Current and the scene of the accident at over 60 miles an hour without difficulty.

Slobodian was believed by the trial judge and the Court of Appeal and when the above statements are viewed in the context of the evidence as a whole, including that of some of the witnesses who came on the scene later and considered that the road was then icy at the site of the Poupard collision, I cannot find that these two Courts were wrong in failing to find that the condition of the highway traversed by Slobodian before and at the time of the jack-knifing was such as to have alerted him to any potential danger in travelling on it at 58 miles an hour, which was less than the maximum speed limit.

As to the contention that Slobodian was negligent in that while driving with his lights on low beam in the conditions which prevailed he was unable to stop within the range of his visibility, it does not appear to me, with all respect for those who may hold a different view, that this fact gives rise to a presumption of negligence on his part.

For some years after the judgment of Scrutton L.J. in *Baker v. Longhurst & Sons Ld.*[9] it was accepted as a general proposition that "a person riding in the dark must be able to pull up within the limits of his vision". However, in the case of *Morris v. Luton Corporation*[10], Lord Greene, speaking for the Court of Appeal, finally disposed of this proposition in the following passage:

[9] [1933] 2 K.B. 461.
[10] [1946] K.B. 114.

relativement à la glace, variaient, il était aussi d'avis qu'une bonne vitesse de sécurité pour une voiture ordinaire aurait été entre 40 ou 50 milles à l'heure et qu'un véhicule semi-remorque à 18 roues aurait pu rouler à une vitesse plus élevée. Le fait est que le constable a fait la distance entre Swift Current et la scène de l'accident à environ 60 milles à l'heure sans difficulté.

Le témoignage de Slobodian a été cru par le juge de première instance et par la Cour d'appel et lorsque les déclarations ci-dessus sont prises dans le contexte de la preuve considérée comme un tout, y inclus les témoignages de certains témoins qui sont venus sur la scène de l'accident plus tard et ont considéré que la chaussée était alors glacée sur les lieux de la collision de Poupard, je ne puis conclure que ces deux cours ont commis une erreur en ne concluant pas que la condition de la route parcourue par Slobodian avant et au moment du saut carpé de sa remorque était telle qu'il aurait dû prévoir la possibilité d'un danger en circulant à 58 milles à l'heure, ce qui était moins que la vitesse maximum permise.

Quant à la prétention que Slobodian a été négligent puisque en conduisant avec ses phares à faisceau-croisement dans les conditions qui existaient alors, il a été incapable d'arrêter dans les limites de son champ de visibilité; il ne me paraît pas, avec tout le respect pour ceux qui ne partagent pas cette opinion, que ce fait donne naissance à une présomption de négligence de sa part.

Durant un certain nombre d'années après le jugement de Lord Scrutton dans l'arrêt *Baker v. Longhurst & Sons Ltd.*[9], on a accepté comme règle générale que [TRADUCTION] «une personne conduisant dans l'obscurité doit être capable d'arrêter son véhicule dans les limites de son champ de visibilité». Cependant, dans l'arrêt *Morris v. Luton Corporation*[10], Lord Greene, parlant au nom de la Cour d'appel, a finalement réglé le sort de cette règle dans le passage suivant:

[9] [1933] 2 K.B. 461.
[10] [1946] K.B. 114.

I cannot help thinking that that observation turned out in the result to be a very unfortunate one, because the question, as has been so often pointed out, is a question of fact. There is sometimes a temptation for judges in dealing with these traffic cases to decide questions of fact in language which appears to lay down some rule which users of the road must observe. . . . I cannot regard that observation of Scrutton L.J.'s as in any sense affecting other cases where the circumstances are different. In the hope that this suggested principle may rest peacefully in the grave in future and not be resurrected with the idea that there is still some spark of life in it, I should like to say that I am in agreement with the observation of Lord Wright, sitting in this court in *Tidy v. Battman*, [1934] 1 K.B. 319, 322. He says there, referring to *Baker v. Longhurst & Sons, Ld.*, and one other case, that they show "that no one case is exactly like another, and no principle of law can in my opinion be extracted from those cases. It is unfortunate that questions which are questions of fact alone should be confused by importing into them as principles of law a course of reasoning which has no doubt properly been applied in deciding other cases on other sets of facts."

[TRADUCTION] Je ne puis m'empêcher de penser que cette remarque, en raison des conséquences qu'elle a entraînées, s'est avérée très malheureuse, parce que la question, comme on l'a souvent souligné, demeure une question de fait. Les juges sont parfois tentés, en traitant des accidents routiers, de trancher des questions de fait en des termes qui semblent établir une règle que les usagers de la route doivent observer. . . . Je ne puis considérer cette remarque du Lord juge Scrutton comme touchant de quelque façon des cas où les circonstances sont différentes. Dans l'espoir que ce principe qu'on a suggéré puisse reposer paisiblement dans sa tombe dans l'avenir sans qu'on le ressuscite en croyant y trouver encore quelque étincelle de vie, je dois dire que je souscris à la remarque de Lord Wright, siégeant de cette Cour dans *Tidy v. Battman*, [1934]1 K.B. 319, à la p. 322. Il dit là, en parlant de l'arrêt *Baker v. Longhurst & Sons Ld.*, et d'un autre arrêt, qu'ils illustrent [TRADUCTION] «qu'il n'y a pas deux cas exactement semblables, et aucun principe de droit ne peut à mon avis être tiré de ces arrêts-là. Il est malheureux que des questions qui sont des questions de fait seulement soient embrouillées en y introduisant comme s'il s'agissait de principes de droit des modes de raisonnement qui ont été sans doute bien appliqués en décidant d'autres cas fondés sur d'autres faits.

Mrs. Corothers, who left her home about a quarter of an hour before the accident, said that it was then a clear night and that although the road was damp she had no problem in controlling her car and was proceeding at a variable speed from 50 to 55 miles per hour and perhaps 60 with her lights on low beam and immediately before the accident she saw the Volvo in front of the Hammerschmid car quite clearly.

M^me^ Corothers, qui est partie de chez elle environ un quart d'heure avant l'accident, a dit que le temps était clair cette nuit-là et que bien que la route fût mouillée elle n'a eu aucune difficulté en conduisant sa voiture, et qu'elle avait roulé à une vitesse variant entre 50 et 55 milles à l'heure et peut-être 60, ses phares étant à faisceau-croisement, et qu'immédiatement avant l'accident elle a perçu très distinctement la Volvo en avant de la voiture des Hammerschmid.

After having assisted Mr. Hammerschmid, Mrs. Corothers left her car on her own left-hand side of the road and then, as she described it, "ran to beat heck along the side of the highway". She only covered 50 feet before she saw the oncoming trailer truck and froze in her tracks waving her arms. The situation from Slobodian's point of view was that her running figure suddenly appeared in front of the headlights of her own car for a distance of 50 feet

Après avoir aidé M. Hammerschmid, M^me^ Corothers a laissé sa voiture sur son côté gauche de la route et ensuite, comme elle l'a décrit, «j'ai couru pour chercher du secours par tous les moyens le long de la route». Elle n'avait parcouru que 50 pieds lorsqu'elle vit le camion remorque qui venait et elle est demeurée sur place en agitant les bras. Selon Slobodian, il l'a vue tout à coup, qui était vis-à-vis des phares de la voiture qu'elle venait de stationner 50 pieds

and his immediate reaction was to jam on his brakes, as a result of which his truck jackknifed and the right rear wheels struck the appellant causing her the injury complained of. It was the sudden application of the brakes which brought about this result. In my view it does not necessarily follow that the same result would not have occurred if the headlights of the truck had been on high beam. The trial judge and the Court of Appeal made no finding of negligence in this regard, and I do not think that their conclusion in favour of Slobodian should be disturbed on this ground.

As the event turned out, it was a mistake for Slobodian to apply his brakes as he did and it is possible that if he had used the hand brake he could have kept his vehicle under better control, but he appreciated that there had been an accident just ahead of him and he was faced with a gesticulating woman on the side of the highway so that he was acting in a moment of imminent emergency, and I do not think that his error of judgment can be classified as actionable negligence. In this regard I refer to the following passage from the reasons for judgment of Sir Lyman Duff in *McMillan v. Murray*[11], at p. 574, which appears to me to apply directly to the problem raised by this appeal:

The real question for the trial judge was whether or not the appellant had acquitted himself of the statutable onus. On the record alone, as we have it before us, I should have thought the appellant had shown that, in the situation which confronted him, he had not failed in that standard of care, skill and judgment which can fairly and properly be required of the driver of a motor vehicle. In other words, I should have thought that if there was a mistake of judgment on his part, it was an excusable mistake and that the most unfortunate misadventure was an accident. The standards to be applied are not standards of perfection.

[11] [1935] S.C.R. 572.

en arrière, et sa réaction immédiate a été de bloquer ses freins, ce qui a eu comme résultat que son camion a fait un saut carpé et que les roues arrière de droite ont frappé l'appelante lui causant les blessures dont elle se plaint. C'est le fait d'avoir freiné soudainement qui a provoqué cet accident. Selon moi, il ne s'ensuit pas nécessairement que la même chose ne se serait pas produite si les phares du camion avaient été allumés à pleine intensité. Le juge de première instance et la Cour d'appel n'ont pas trouvé qu'il y avait eu négligence à cet égard, et je ne crois pas que leur conclusion en faveur de Slobodian devrait être modifiée sur le sujet.

La suite des événements a démontré que Slobodian a commis une erreur en freinant comme il l'a fait et il est possible que s'il s'était servi du frein à levier il aurait pu mieux garder son véhicule sous contrôle, mais il a jugé qu'un accident s'était produit immédiatement devant lui et il a fait face à une femme gesticulant sur le côté de la route. Dans les circonstances il a agi dans un moment de situation critique imminente et je ne crois pas que son erreur de jugement puisse être classée comme une négligence donnant lieu à poursuites. A cet égard, je mentionne le passage suivant extrait des motifs de jugement de Sir Lyman Duff dans l'arrêt *McMillan c. Murray*[11], à la p. 574, qui me semble s'appliquer directement à la question soulevée par le pourvoi:

[TRADUCTION] La véritable question pour le juge de première instance était de décider si l'appelant avait repoussé ou non la présomption législative. Si l'on en juge uniquement d'après le dossier qui est devant nous, je croirais que l'appelant a démontré que, dans la situation dans laquelle il s'est trouvé, il n'a pas manqué aux normes d'attention, d'habileté et de jugement que l'on peut normalement et régulièrement exiger du conducteur d'un véhicule automobile. En d'autres mots, je dirais que s'il y a eu une erreur de jugement de sa part, il s'agit d'une erreur excusable, et que le très malheureux événement a été un accident. Les normes que l'on doit appliquer ne sont pas les normes de la perfection.

[11] [1935] R.C.S. 572.

In this view, the finding of the trial judge, who had the opportunity of observing the appellant under cross-examination, ought not, I think, to be disturbed.

I think that Mr. Justice Woods, speaking for the Court of Appeal, correctly applied this authority to the facts of the present case when he said of Slobodian:

He suddenly came upon an unusual situation, not of his own creation. The standards to be applied are not those of perfection. If he made a mistake it is excusable in the circumstances.

For all these reasons I would allow the appeal of the appellants against Thomas Russell Poupard and the Guaranty Trust Company of Canada with costs throughout, and I would dismiss the appeal against Ostop Slobodian and J. Kearns Transport Ltd., with costs in this Court.

The appellants will be entitled to add the amount of any costs taxable by Ostop Slobodian and J. Kearns Transport Ltd., to the judgment hereby awarded against Thomas Russell Poupard and Guaranty Trust Company of Canada.

As neither the trial judge nor the Court of Appeal found it necessary to assess the appellants' damages, I direct a reference to the Court of Queen's Bench of Saskatchewan for the making of such an assessment and further direct that judgment be entered for this amount against Thomas Russell Poupard and the Guaranty Trust Company of Canada, as the administrator of his son's estate, and that it bear interest from the date of the judgment at trial.

The judgment of Spence and Pigeon JJ. was delivered by

PIGEON J. (*dissenting in part*)—The appeal is from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan affirming a judgment at trial dismissing the action against all defendants.

The action was instituted to recover damages for injuries suffered by the appellant Bonnie Jo-Anne Corothers, in a motor vehicle accident

De ce point de vue, la conclusion du juge de première instance, qui a eu l'occasion d'observer l'appelant en contre-interrogatoire, ne devrait pas, à mon avis, être modifiée.

Je crois que M. le juge Woods, parlant au nom de la Cour d'appel, a correctement appliqué ce précédent aux faits en l'espèce lorsqu'il a dit en parlant de Slobodian:

[TRADUCTION] Il s'est trouvé subitement face à une situation inhabituelle qu'il n'avait pas provoquée. Les normes à appliquer ne sont pas celles de la perfection. S'il a commis une erreur, elle est excusable dans les circonstances.

Pour tous ces motifs, j'accueillerais le pourvoi contre Thomas Russell Poupard et Guaranty Trust Company of Canada avec dépens en toutes les cours, et je rejetterais le pourvoi contre Ostop Slobodian et J. Kearns Transport Ltd. avec les dépens de cette Cour.

Les appelants ont droit d'ajouter le montant de tous dépens taxables par Ostop Slobodian et J. Kearns Transport Ltd. au jugement adjugé par les présentes contre Thomas Russell Poupard et Guaranty Trust Company of Canada.

Comme ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont jugé nécessaire d'évaluer les dommages-intérêts des appelants, j'ordonne que cette évaluation soit faite sur renvoi à la Cour du Banc de la Reine de Saskatchewan et que par la suite jugement intervienne pour le montant ainsi fixé contre Thomas Russell Poupard et Guaranty Trust Company of Canada, à titre d'administratrice de la succession de son fils, et que le montant porte intérêt à compter de la date du jugement de première instance.

Le jugement des juges Spence et Pigeon a été rendu par

LE JUGE PIGEON (*dissident en partie*)—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui a confirmé un jugement de débouté rendu en première instance à l'égard de tous les défendeurs.

L'action a été intentée afin de recouvrer des dommages-intérêts à la suite des blessures qu'a subies l'appelante, Bonnie Jo-Anne Corothers,

which occurred on the Trans-Canada Highway, January 23, 1970, at about 7.45 p.m. This appellant, then 23 years old, was the wife of the other appellant who operated a clothing store in Herbert, Saskatchewan. She worked as a cocktail waitress in the evening, at a hotel in Swift Current. On the day of the accident, she left Herbert around 7.30 p.m. driving alone in her husband's Plymouth car. She was following at a distance of some 200 feet a black Monarch car, doing 50 miles per hour, she said, when suddenly a red Volvo collided with the Monarch which was on its proper side of the road. The Volvo was driven by Neil Francis Poupard and was the property of the respondent Thomas Russell Poupard.

The collision was terrible. The heavy Monarch weighing over 5,000 pounds, was stopped dead. The Volvo broke in two pieces, scattering the bodies of its three occupants on the highway and in the ditch. The front part of the car remained in front of the Monarch. The rear part went past on the other side of the road. Mrs. Corothers swerved to her left, managed to drive through the wreckage and was brought to a stop by a heavy object. She did not see that this was actually the body of one of the occupants of the ill-fated Volvo. Her car came to rest almost completely on the shoulder, on her left-hand side of the road, some 40 or 50 feet past the black Monarch. There is no direct evidence that it could not be moved but the fact is that a tow truck was used to lift it for removing the dead body.

Mrs. Corothers promptly got out of her car, leaving the headlights on, and went to the Monarch where she helped the driver, one Hammerschmid, get in a position where he could breathe easier. She saw that the latter's wife was very seriously injured—it did prove fatal—and she went for help. She stopped at her car to pick up her coat which was light coloured. She put it on and ran in a westerly direction quite close to the yellow painted line marking the side of the pavement on her left. She was 50 feet or more past her car when she saw a motor vehicle coming. It was a big semi-trailer tank truck

dans un accident d'automobile qui s'est produit sur la Transcanadienne, le 23 janvier 1970, vers 19h45. Son mari, l'autre appelant, exploitait un magasin de vêtements à Herbert, Saskatchewan. Elle-même avait alors 23 ans et travaillait le soir, comme serveuse, dans un hôtel de Swift Current. Le jour de l'accident, elle a quitté Herbert vers 19h30, conduisant seule la Plymouth de son mari. Elle suivait, à deux cent pieds de distance environ, une Monarch noire roulant à cinquante milles à l'heure, dit-elle, quand tout d'un coup une Volvo rouge est entrée en collision avec la Monarch qui était du bon côté de la route. La Volvo, conduit par Neil Francis Poupard, appartenait à l'intimé Thomas Russell Poupard.

La collision fut terrible. La lourde Monarch pesant plus de 5,000 livres a été arrêtée net. La Volvo a été coupée en deux, éjectant les corps de ses trois occupants sur la route et dans le fossé. La partie avant de la voiture est restée en face de la Monarch. La partie arrière est passée de l'autre côté de la route. Madame Corothers a dévié vers la gauche et réussi à se frayer un chemin à travers les débris mais un objet lourd l'a forcé de s'arrêter. Elle n'a pas vu qu'il s'agissait, en fait, du corps de l'un des occupants de la Volvo de malheur. Sa voiture vint s'arrêter presque entièrement sur l'accottement gauche de la chaussée, quelque 40 ou 50 pieds au-delà de la Monarch noire. Il n'y a pas de preuve directe qu'il était impossible de déplacer la voiture mais le fait est qu'on l'a soulevée avec une remorqueuse pour retirer le cadavre.

M[me] Corothers est immédiatement sortie de sa voiture laissant les phares allumés, et s'est dirigée vers la Monarch où elle a aidé le conducteur, un nommé Hammerschmid, à se placer de façon à respirer plus facilement. Elle a vu que la femme de ce dernier était très sérieusement—en fait mortellement—blessée et elle est allée chercher du secours. Après s'être arrêtée à sa voiture pour prendre son manteau, qui était de couleur claire, elle s'en est vêtue et a couru en direction ouest, très près de la ligne jaune délimitant le bord de la chaussée sur sa gauche. Elle avait dépassé sa voiture d'au moins cinquante

owned by respondent J. Kearns Transport Ltd. and driven by the respondent Ostop Slobodian. She waved her arms over her head signalling the truck to stop. The driver jammed the brakes, his truck jack-knifed and went into the ditch, coming to a stop somewhat ahead of Mrs. Corothers' Plymouth. In this process, the right rear dual tandem wheels of the tank truck struck her and she was found by the driver lying beside them in the ditch, severely injured.

Under those circumstances, the onus provision of *The Vehicles Act*, R.S.S. 1965, c. 377, became applicable against the defendants Slobodian and J. Kearns Transport Ltd. It is in the following terms:

> 169.—(1) Where loss, damage or injury is sustained by a person by reason of a motor vehicle upon a highway, the onus of proof that the loss or damage did not entirely or solely arise through the negligence or improper conduct of the owner or driver of the motor vehicle is on the owner or driver.
>
> (2) This section does not apply in case of a collision between motor vehicles upon a highway, nor to an action brought by a passenger in a motor vehicle, other than a public service vehicle, in respect of injuries sustained by him while a passenger.

I have to say, with respect, that this important provision appears to have been practically ignored in the Courts below. All the trial judge said in his oral judgment was this:

> Notwithstanding my regrets and sympathy for this young woman, I have got to follow the law; and the conclusions are that she has failed to establish a case against any of the Defendants for the reasons which have been fully canvassed during the argument, and accordingly her action will be dismissed.

In the Court of Appeal, Woods J.A. ended the reasons for judgment as follows:

pieds lorsqu'elle vit venir un véhicule. Il s'agissait d'un gros camion-citerne semi-remorque appartenant à l'intimée J. Kearns Transport Ltd. et conduit par l'intimé Ostop Slobodian. Elle agita les bras au-dessus de sa tête pour faire signe au chauffeur du camion de s'arrêter. Il écrasa les freins ce qui fit faire un saut carpé au camion qui prit le fossé pour s'arrêter un peu avant la Plymouth de Madame Corothers. Au cours de cette manœuvre, cette dernière fut frappée par les roues jumelées en tandem du côté arrière droit du camion-citerne. Le chauffeur l'a retrouvée gisant près d'elles dans le fossé, grièvement blessée.

Étant donné les circonstances, la disposition de *The Vehicles Act*, S.R.S. 1965, c. 377, relative au fardeau de la preuve s'applique à l'encontre des défendeurs Slobodian et J. Kearns Transport Ltd. Elle prévoit que:

> [TRADUCTION] 169.—(1) Quand une personne subit une perte, un dommage ou une blessure à cause d'un véhicule automobile sur un chemin public, le fardeau de la preuve que la perte ou le dommage ne résulte pas entièrement ou uniquement de la négligence ou de la conduite répréhensible du propriétaire ou du conducteur du véhicule automobile incombe au propriétaire ou au conducteur.
>
> (2) Le présent article ne s'applique pas dans le cas d'une collision entre véhicules automobiles sur un chemin public, et ne s'applique pas à une action intentée par le passager d'un véhicule automobile, autre qu'un véhicule automobile à l'usage du public, pour les blessures subies par lui alors qu'il était un passager.

Je dois dire, avec respect, que cette importante disposition semble avoir été pratiquement méconnue par les cours d'instance inférieure. Toute ce que le juge de première instance dit dans son jugement oral est ceci:

> [TRADUCTION] Malgré tous mes regrets et toute la sympathie que j'éprouve à l'égard de cette jeune femme je dois suivre la loi et conclure qu'elle n'a pu établir de grief à l'encontre d'aucun des défendeurs, pour les motifs qui ont été longuement débattus au cours des plaidoiries; par conséquent, je rejette son action.

Dans la Cour d'appel, M. le juge Woods a conclu les motifs du jugement comme suit:

The learned trial Judge in effect found that Slobodian was not at fault in suddenly braking his unit. Suddenly discovering a car on the wrong side of the highway with a woman immediately in front of him, his first concern, as he said in his evidence was to avoid hitting her. He applied his brakes and tried to miss her. The learned trial Judge did not fault him for this. He suddenly came upon an unusual situation not of his own creation. The standards to be applied are not those of perfection. If he made a mistake of judgment, it is excusable in the circumstances, *McMillan v. Murray* [1935] S.C.R. 572.

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance a conclu en somme que Slobodian n'avait pas commis de faute en freinant soudainement son véhicule. En découvrant tout d'un coup une voiture sur le mauvais côté de la route et une femme immédiatement devant lui, son premier souci, comme il l'a déclaré dans son témoignage, a été d'éviter de la heurter. Il a écrasé les freins en essayant de l'éviter. Ce dont le savant juge de première instance ne lui a pas fait grief. Il s'est trouvé subitement face à une situation inhabituelle qu'il n'avait pas provoquée. Les normes à appliquer ne sont pas celles de la perfection. S'il a commis une erreur de jugement, elle est excusable dans les circonstances, *McMillan c. Murray* [1935] R.C.S. 572.

With respect, this approach to the question would be proper on a charge of criminal negligence, but it is not correct in a civil case especially where the onus is on a defendant to exculpate himself. In *McMillan v. Murray*, Duff C.J. did say (at p. 574) that the standards to be applied are not standards of perfection, but dealing with the onus provision of the Alberta statute, he went on to state the test to be applied in the following terms (at p. 575):

Avec respect, cette façon d'envisager la question serait plus juste s'il s'agissait d'une accusation de négligence criminelle, mais elle ne convient pas dans un procès civil particulièrement lorsqu'il incombe au défendeur de se justifier. Dans l'affaire *McMillan c. Murray*, M. le juge en chef Duff a bien dit (à la p. 574) qu'on ne pouvait appliquer les normes de la perfection, mais traitant de la disposition législative albertaine relative au fardeau de la preuve, il a procédé (à la p. 575) à définir comme suit le critère qu'il fallait appliquer:

We think that, under the statute, standing by itself, the defendant may acquit himself of the onus cast upon him by establishing that the plaintiff's negligence materially contributed to the mishap, and that he could not, in the result, by the exercise of reasonable care, have avoided the consequences of that negligence; or that the mischief was directly caused by the negligence of the plaintiff as well as that of himself co-operating together.

[TRADUCTION] Nous pensons que, sous le régime de cette loi considérée isolément, le défendeur peut s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombe en établissant: que la négligence du demandeur a contribué de façon appréciable à l'accident et que, en définitive, il ne pouvait pas en apportant un soin raisonnable, éviter les conséquences de cette négligence; ou que le dommage a été directement causé par la négligence conjointe du demandeur et la sienne.

In this Court, it was not contended that Mrs. Corothers had been in any way negligent. Therefore, the only proper approach to the question of the truck driver's liability was to ask whether he had shown that it was due to an inevitable accident that his vehicle hit a pedestrian. Even apart from the statutory provision, there was a *prima facie* case of negligence against him on the basis of *res ipsa loquitur*. A properly driven vehicle does not suddenly move sideways on the highway when passing a pedestrian so as to throw him or her into the

En cette Cour, on n'a pas soutenu que M^me^ Corothers avait de quelque façon été négligente. Par conséquent, la seule façon d'envisager correctement la question de la responsabilité du conducteur de camion est de se demander s'il a démontré que son véhicule a heurté un piéton à cause d'un accident inévitable. Même en dehors de la disposition législative, il existe une preuve *prima facie* de négligence à son encontre sur la base de la *res ipsa loquitur*. Un véhicule bien conduit ne se déporte pas subitement sur le côté de la chaussée en dépassant un piéton de

ditch. In the Courts below, on what basis was Slobodian exculpated?

*He applied his brakes and tried to miss her,*

says Woods J.A.

In my view, this reason is radically erroneous in a civil case. The question is not whether the driver was deliberately or recklessly negligent. It is: Has he shown that he could not have avoided the accident by reasonable care, bearing in mind that the mere fact of the accident raises a presumption of negligence, that is that the driver *did not* use reasonable care. In the instant case, Slobodian himself admits that his tank truck was empty at the time and that this increased the likelihood of a jack-knifing. He also admits *that this type of unit will always go into a skid if the brakes are applied hard.* He also says that there was a special lever which would apply the brakes to the trailer wheels only. This would prevent a jack-knife but he always used the foot brake which operated on all wheels except the two front wheels so that steering is never lost by braking. Finally, when asked why he turned to the right instead of to the left to pass by Mrs. Corothers, he answers:

*Well, I think I tried to put the unit in the ditch.*

As we have seen, it is a fact that the trailer truck went into the ditch and the plan made by the constable who investigated the accident shows that the skid marks it left in so doing start more than 100 feet ahead of Mrs. Corothers' car. Thus, it is perfectly clear that she was hit by the trailer rear wheels when the truck going past her was going into the ditch, whether as a result of the application of the brakes or of a deliberate steering in that direction, or by a combination of those two factors. Even assuming that it was necessary to brake and to go into the ditch, because this was done when the truck was more than 100 feet away from Mrs. Corothers' car, nothing in my view could possibly

manière à l'envoyer dans le fossé. Dans les cours d'instance inférieure, sur quelle base Slobodian a-t-il été exonéré?

[TRADUCTION] *Il a freiné à fond pour essayer de l'éviter,*

dit M. le juge d'appel Woods.

A mon avis, ce motif est tout à fait erroné dans un procès civil. La question n'est pas de savoir si le conducteur a été délibérément ou témérairement négligent. Elle est: a-t-il démontré qu'il ne pouvait pas éviter l'accident en apportant un soin raisonnable; sans oublier que le simple fait de l'accident fait naître une présomption de négligence, à savoir une présomption que le conducteur *n'a pas* apporté un soin raisonnable. En l'espèce, Slobodian lui-même admet que son camion-citerne était vide au moment de l'accident et que ceci augmentait la possibilité de saut carpé. Il admet également *que ce genre de véhicule dérape toujours si on freine à fond.* Il reconnaît aussi qu'il existe un levier spécial pour freiner uniquement les roues de la remorque. Cela aurait évité un saut carpé mais il utilisait toujours le frein à pied qui agit sur toutes les roues, mais non sur les deux roues avant de façon que le freinage ne bloque jamais l'action du volant. Enfin, lorsqu'on lui a demandé pourquoi il avait dévié vers la droite plutôt que vers la gauche pour dépasser Madame Corothers, il a répondu:

[TRADUCTION] *Eh bien je pense que j'ai essayé d'envoyer le véhicule dans le fossé.*

Comme nous l'avons vu, c'est un fait que le camion-remorque est allé dans le fossé et le plan dessiné par l'agent qui a enquêté sur l'accident indique que les marques de dérapage qu'il a laissées en ce faisant commencent plus de 100 pieds en avant de la voiture de M^me^ Corothers. Ainsi, il est tout à fait évident que celle-ci a été heurtée par les roues arrière de la remorque quand le camion, tout en la dépassant, est allé dans le fossé, que ce soit à la suite du freinage ou d'un coup de volant délibéré dans cette direction ou d'une combinaison de ces deux facteurs. A supposer même qu'il ait été nécessaire de freiner et d'aller dans le fossé, comme ceci s'est produit lorsque le camion était à plus

justify Slobodian in doing it before he had safely passed her. When asked:

*But you would have missed her by just keeping on straight down the highway, would you not?*

his answer was:

*Well, you can't say for sure.*

If it was for the plaintiff to show that Slobodian could have avoided the accident by reasonable care, this answer could be considered as exculpating because it might be said to raise a doubt. But here, any doubt must be resolved against the truck driver and if, on his admission, it may be that he would have avoided the accident by not braking so hard or not driving into the ditch so soon, this means that he has not shown that the accident could not have been avoided by reasonable care.

It must also be considered that Slobodian's truck was at the time of the accident being driven at 58 miles per hour on what he says was "a wet road", other witnesses say "an icy road". His exact speed is known because his unit was fitted with a recording device. On his own admission, he was driving at that speed with his lights on low beam. There was a slight curve on the highway, but the visibility was unobstructed. On high beam he would have seen 500 feet ahead but on low beam, his range of visibility was 200 feet only. When asked if he could stop in that distance driving at 58 miles an hour, Slobodian's answer was:

*On dry pavement you could.*

He knew perfectly well he was not on dry pavement. How can it be said that he has shown he used reasonable care when, on his own admission, he was driving at such a speed that he could not stop in his range of visibility with the lights he was using? In fact, Woods J.A, appears to have appreciated that the mere fact

de 100 pieds de la voiture de M^me^ Corothers, rien, à mon avis, ne pouvait justifier Slobodian de le faire avant d'être sûr de l'avoir dépassée en toute sécurité. Lorsqu'on lui a demandé:

[TRADUCTION] *Mais vous auriez pu l'éviter simplement en continuant tout droit sur la route, n'est-ce pas?*

Il a répondu:

[TRADUCTION] *Eh bien on ne peut vraiment pas l'affirmer.*

S'il incombait à la demanderesse de démontrer que Slobodian aurait pu éviter l'accident en apportant un soin raisonnable, cette réponse pourrait être considérée comme une justification car on pourrait dire qu'elle soulève un doute. Mais, en l'espèce, tout doute doit être résolu à l'encontre du chauffeur de camion et si, de son propre aveu, il se peut que s'il n'avait pas freiné si fort et ne s'était pas dirigé dans le fossé si vite, il aurait évité l'accident, cela signifie qu'il n'a pas démontré qu'il ne pouvait pas éviter l'accident en apportant un soin raisonnable.

Il faut également tenir compte du fait que le camion de Slobodian, au moment de l'accident, roulait à 58 milles à l'heure sur ce qu'il a dit être «une route mouillée» et que d'autres témoins ont dit être «une route glacée». On connaît sa vitesse exacte car son véhicule était muni d'un compteur enregistreur. Tel qu'il l'a admis, il conduisait à cette vitesse avec les feux à faisceau-croisement. Il y avait un léger virage sur la route mais la visibilité n'était pas obstruée. Par pleins phares, il aurait pu voir jusqu'à 500 pieds devant lui mais à faisceau-croisement sa visibilité n'était que de 200 pieds. Quand on lui a demandé s'il aurait pu s'arrêter sur cette distance en roulant à 58 milles à l'heure Slobodian a répondu:

[TRADUCTION] *Sur une route sèche, oui.*

Il savait pertinemment qu'il n'était pas sur une route sèche. Comment peut-on dire qu'il a apporté tout le soin nécessaire lorsqu'il admet lui-même qu'il conduisait à une vitesse telle qu'il ne pouvait s'arrêter dans son champ de visibilité compte tenu de la puissance du faisceau qu'il utilisait? En fait, le juge d'appel Woods semble

that Slobodian had applied his brakes and tried to miss Mrs. Corothers was not enough because he went on to say:

*He suddenly came upon an unusual situation, not of his own creation. The standards to be applied are not those of perfection. If he made a mistake of judgment, it is excusable in the circumstances.*

As I read this it appears to me that the truck driver was exculpated because he was faced with the emergency created by the collision between the Volvo and the Monarch, as a result of which the highway was obstructed. If that is indeed the basis of the judgment, then it seems totally inconsistent with the other finding that there was no connection between the injury suffered by Mrs. Corothers and the collision caused by the negligence of Poupard, the driver of the Volvo.

On the evidence in this case, it is abundantly clear that the collision was solely due to such negligence: the Volvo veered suddenly into the path of the Monarch. In my view, the truck driver cannot be exculpated on account of the emergency due to the collision, without involving the author of that collision into liability for the ensuing result. I just cannot accept that this can be said not to be foreseeable by the author of the first collision. Multiple collisions are such frequent occurrences that dangerous emergency manoeuvres to avoid them are to be expected.

In this Court, it was contended by counsel for Poupard that Slobodian had reacted solely to the presence of Mrs. Corothers waving her arms over her head. However, here is the answer he gave to question 69 on discovery put in evidence at the trial;

*Well, when I seen this lady running towards me then I knew that there was something wrong, that there must have been an accident there.*

This is conclusive evidence that Slobodian did not act as he did simply on account of seeing a pedestrian waving for him to stop. Had the highway been clear, I cannot think he would

avoir vu que le simple fait que Slobodian a freiné et essayé d'éviter M^me^ Corothers n'était pas suffisant car il a poursuivi en ces termes:

[TRADUCTION] *Il s'est trouvé subitement face à une situation inhabituelle qu'il n'avait pas provoquée. Les normes à appliquer ne sont pas celles de la perfection. S'il a commis une erreur de jugement, elle est excusable dans les circonstances.*

En lisant cela, il me semble qu'il exonère le chauffeur pour le motif que ce dernier s'est trouvé face à une situation d'urgence créée par la collision de la Volvo et de la Monarch, qui a entraîné l'obstruction de la route. Si cela est véritablement le fondement du jugement, cela me semble tout à fait incompatible avec l'autre conclusion selon laquelle il n'y aurait aucun lien entre la blessure subie par M^me^ Corothers et la collision due à la négligence de Poupard, conducteur de la Volvo.

D'après la preuve en l'espèce, il est très clair que la collision est uniquement due à cette négligence: la Volvo a soudainement viré dans la voie de la Monarch. A mon avis, le chauffeur de camion ne peut être justifié par la situation d'urgence née de la collision, sans que l'on rende l'auteur de cette collision responsable du résultat qui s'envuivit. Je ne peux tout simplement pas accepter que ce résultat puisse être considéré comme non prévisible pour l'auteur de la première collision. Les collisions multiples sont si fréquentes qu'il faut s'attendre à ce que de dangereuses manœuvres soient exécutées pour les éviter.

En cette Cour, l'avocat de Poupard a soutenu que Slobodian n'a fait que réagir à la présence de M^me^ Corothers qui agitait les bras au-dessus de sa tête. Toutefois, voici la réponse donnée à la question 69 de l'interrogatoire préalable, versé en preuve au procès:

[TRADUCTION] *Eh bien, quand j'ai vu cette dame courir vers moi, j'ai compris qu'il y avait quelque chose qui n'allait pas, qu'un accident avait dû se produire là.*

Ce témoignage permet de conclure avec certitude que Slobodian n'a pas agi comme il l'a fait uniquement parce qu'il a vu un piéton qui lui faisait signe d'arrêter. Si la route n'avait pas été

have made the mistake of jamming his brakes so as to endanger a pedestrian. What I have quoted shows that the Court of Appeal did not think so and they exculpated the driver on account of the emergency without unfortunately realizing that this brought into the picture Poupard's negligence which they dismissed from consideration, saying:

*It is to be noted that the female plaintiff had completed all that she was going to do at the scene of the collision before the arrival of the truck driven by Slobodian. She had left the scene of the accident and her activities had reached a new stage. The situation of peril created by Poupard had ended. The plaintiff was not then acting in danger nor anticipating any danger created by the acts of Poupard. The injury suffered arose from a new act or circumstance, which was not one that ought reasonably to have been foreseeable by Poupard.*

With respect, it appears to me that it could not correctly be said that the situation of peril created by Poupard had ended. His car in two broken pieces was obstructing the highway together with the damaged Monarch and a dead body. There was also Mrs. Corothers' Plymouth which was stopped in an irregular and dangerous position from which it could not readily be moved. It was not a place of safety for her. If she had remained inside, who knows if Slobodian's semi-trailer would not have crashed on it as a result of hitting the obstructions? In any case, being uninjured, she certainly properly felt under a moral, if not a legal duty, to run for help and to signal and flag down any oncoming traffic. To say that she was not then acting in danger nor anticipating any danger created by the acts of Poupard is to ignore the realities of the situation. What she was doing was nothing but the proper reaction to those acts and an attempt to avoid or to mitigate some of their dreadful consequences.

This is not a case in which I can feel any hesitation in interfering with concurrent findings. The basic facts were indisputable but they were not correctly appreciated in accordance with proper legal principles.

obstruée, je ne peux penser qu'il aurait commis l'erreur d'écraser ses freins au point de mettre un piéton en danger. L'extrait que j'ai cité démontre que la Cour d'appel ne l'a pas pensé non plus et qu'elle a exonéré le conducteur en raison de la situation d'urgence sans malheureusement se rendre compte que cela faisait intervenir la négligence de Poupard qu'elle avait écartée de toute considération, en disant:

[TRADUCTION] *On doit noter que la demanderesse avait terminé tout ce qu'elle avait l'intention de faire sur la scène de la collision avant l'arrivée du camion conduit par Slobodian. Elle avait quitté la scène de l'accident et ses initiatives entraient dans une nouvelle phase. La situation périlleuse créée par Poupard n'existait plus. La demanderesse n'agissait pas à ce moment-là sous le coup du danger et elle n'envisageait pas de danger résultant des agissements de Poupard. Le préjudice subi découle d'une action ou situation nouvelle, qui n'en était pas une qui aurait dû raisonnablement être prévisible pour Poupard.*

Avec respect, il me semble qu'il n'est pas juste de dire que la situation dangereuse qu'avait créée Poupard n'existait plus. Son automobile coupée en deux obstruait la chaussée avec la Monarch endommagée et le corps de l'une des personnes tuées. Il y avait aussi la Plymouth de M^me^ Corothers qui était arrêtée dans une position irrégulière et dangereuse. Ce n'était pas un lieu sûr pour elle. Si elle était restée à l'intérieur qui sait si la semi-remorque de Slobodian n'aurait pas foncé sur elle en heurtant les obstacles? En tout cas, n'étant pas blessée elle s'est certainement sentie sous l'obligation morale, sinon légale, de courir chercher du secours et faire arrêter tout véhicule venant dans sa direction. Dire qu'elle n'agissait pas alors sous le coup du danger et qu'elle n'envisageait pas de danger résultant des agissements de Poupard, c'est méconnaître la réalité de la situation. Face à ces agissements, sa réaction a été simplement normale, elle n'a fait qu'essayer d'éviter ou atténuer certaines de leurs terribles conséquences.

Il ne s'agit pas d'un cas où je puis de quelque façon hésiter à modifier des conclusions concordantes. Les faits matériels sont incontestables mais ils n'ont pas été correctement appréciés en droit.

In my view, it cannot be considered that once it is accepted that Poupard's negligence was a contributory cause of Mrs. Corothers' injuries, the burden imposed by s. 169 of the *The Vehicles Act* is discharged because under those circumstances, "the onus of proof that the loss or damage did not *entirely or solely* arise through the negligence" of Slobodian is met and the burden of proving that his actions contributed to the loss then rests on the plaintiff. In my opinion, the decision of this Court in *Feener v. McKenzie*[12] dealing with the effect of the same words in the Nova Scotia *Motor Vehicle Act* is conclusive against that view. In that case, Hall J. said with the agreement of the majority (at p. 544):

The law in Nova Scotia as to the effect and interpretation of this section was set out by Ilsley C.J. in *Tuckey v. Dyer* (1961), 27 D.L.R. (2d) 408, where Ilsley C.J. correctly applied the judgment of this Court in *Dearing v. Hebert*, [1957] S.C.R. 843. The section under review in *Dearing v. Hebert* was to all intents and purposes, the same as s. 221(1) (a) and (b) of the *Motor Vehicle Act* of Nova Scotia and in particular contains the same phrase ". . . did not entirely or solely arise through the negligence or improper conduct . . ." and Locke J. for the majority, referring to the matter of onus, quoted with approval from the judgment delivered by Lord Wright in *Winnipeg Electric Company v. Geel*, [1932] A.C. 690, as follows:

> But the onus which the section places on the defendant is not in law a shifting or transitory onus: it cannot be displaced merely by the defendant giving some evidence that he was not negligent, if that evidence, however credible, is not sufficient reasonably to satisfy the jury that he was not negligent: the burden remains on the defendant until the very end of the case, when the question must be determined whether or not the defendant has sufficiently shown that he did not in fact cause the accident by his negligence. If, on the whole of the evidence, the defendant establishes this to the satisfaction of the jury, he will be entitled to judgment; if, however, the issue is left in doubt or the evidence is balanced and even, the defendant will

[12] [1972] S.C.R. 525.

A mon avis, on ne peut considérer que dès lors qu'il est démontré que la négligence de Poupard a été une cause contributive des blessures de M^me^ Corothers, le fardeau imposé par l'art. 169 de *The Vehicles Act* se trouve déchargé parce que dans les circonstances dont il s'agit, «le fardeau de la preuve que la perte ou le dommage ne résulte pas *entièrement ou uniquement* de la négligence ou de la conduite répréhensible» de Slobodian serait déchargé et celui de prouver que ses actes ont contribué à la perte incomberait ensuite à la demanderesse. A mon avis, la décision de cette Cour dans *Feener c. McKenzie*[12], qui traite de l'effet des mêmes termes dans le *Motor Vehicle Act* de la Nouvelle-Écosse, est concluante à l'encontre de cette façon de voir. Dans cette affaire-là, M. le juge Hall a dit avec l'assentiment de la majorité (à la p. 544):

La loi applicable en Nouvelle-Écosse quant à l'effet et à l'interprétation de cet article a été définie dans *Tuckey v. Dyer*, par le juge en chef Ilsley qui a appliqué à bon droit la décision de cette Cour dans *Dearing c. Hébert*. L'article à l'étude dans *Dearing c. Hébert* était, à toutes fins pratiques, le même que l'art. 221(1) (a) et (b) du *Motor Vehicle Act* de la Nouvelle-Écosse et, en particulier, il contenait le même membre de phrase [TRADUCTION] « . . . ne résulte pas entièrement ou uniquement de la négligence ou de la conduite répréhensible . . .» En se reportant à la question du fardeau de la preuve, le juge Locke, au nom de la majorité, a cité en y souscrivant un extrait du jugement rendu par Lord Wright dans *Winnipeg Electric Company v. Geel*:

> [TRADUCTION] Mais le fardeau de la preuve que l'article impose au défendeur n'est pas en droit un fardeau déplaçable ou transitoire: le simple fait que le défendeur apporte une preuve pour montrer qu'il n'a pas été négligent ne peut déplacer ce fardeau si cette preuve, quelque digne de foi qu'elle soit, ne suffit raisonnablement pas à convaincre le jury qu'il n'a pas été négligent: le fardeau repose sur le défendeur jusqu'à la fin même des plaidoiries, où il faudra déterminer si, oui ou non, le défendeur a suffisamment démontré qu'il n'a pas en fait causé l'accident par sa négligence. Si, d'après l'ensemble de la preuve, le défendeur réussit à convaincre le jury de cela, il obtiendra gain de cause; si, par contre, la chose demeure douteuse ou si la preuve

[12] [1972] R.C.S. 525.

be held liable by virtue of the statutory onus, whereas in that event but for the statute the plaintiff would fail, because but for the statute the onus would be on him.

It is, accordingly, beyond question that in telling the jury as he did, "the moment he [the driver] can prove he was not entirely or solely to blame, then the burden falls back upon the pedestrian to prove that the driver was responsible", the learned trial judge misdirected the jury on a most vital aspect of the case.

I think I should add that I do not read Ritchie J.'s dissenting reasons in that case, with which I agreed, as expressing a different view of the effect of the words "entirely or solely". Here is how he concluded on that point (at pp. 537-538):

In my opinion the effect of s. 221(1)(b) of the *Motor Vehicle Act* in the trial of an action where damages are claimed for an injury sustained by any person by reason of the presence of a motor vehicle upon a highway, is to create a rebuttable presumption that such injury arose "entirely or solely" through the negligence or improper conduct of the operator of the motor vehicle. This presumption against the operator remains until the very end of the case, but it is a presumption which can be rebutted either *in whole or in part*, and if after all the evidence has been heard the jury is satisfied that the operator was only partly to blame, then the fault is to be divided in accordance with the provisions of the *Contributory Negligence Act*. If, on the other hand, the jury is satisfied on the whole of the evidence that there was no fault on the part of the operator which caused the accident, the plaintiff's action must be dismissed. The question of whether, and to what extent, the presumption has been rebutted is one which can only be determined at the conclusion of the case.

I agree with Mr. Justice Cooper that the charge which the learned trial judge delivered at the conclusion of this case was not such as to suggest to the jury that the burden of proof shifted as the case progressed, and like the Court of Appeal, I do not think that there was any misdirection in this regard which could have affected the verdict as found by the jury.

It appears to me that the jurors in the present case must have concluded, after having heard all the evidence, that the infant plaintiff had placed "himself in

est partagée également, le défendeur sera tenu pour responsable à cause du fardeau légal, alors qu'en l'absence de cette disposition, le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause, le fardeau de la preuve reposant sur lui.

Par conséquent, il ne fait pas de doute qu'en déclarant au jury, comme il l'a fait, [TRADUCTION] «dès qu'il [le conducteur] peut prouver qu'il n'était pas entièrement ou uniquement responsable, alors c'est au piéton qu'il incombe de prouver la responsabilité du conducteur», le savant juge de première instance a donné au jury une directive erronée sur un point essentiel de l'affaire.

Je crois devoir ajouter que j'ai souscrit aux motifs dissidents de M. le juge Ritchie dans cette affaire-là, mais ils ne me paraissent pas exprimer un point de vue différent sur l'effet des mots «entièrement ou uniquement». En voici la conclusion sur ce point-là (pp. 537-538):

A mon avis, dans une action en dommages-intérêts pour blessures subies par une personne et attribuables à la présence d'un véhicule automobile sur un chemin public, l'art. 221(1) (b) du *Motor Vehicle Act* a pour effet de créer une présomption réfutable que ces blessures ont résulté «entièrement ou uniquement» de la négligence ou de la conduite répréhensible du conducteur du véhicule automobile. Cette présomption contre le conducteur subsiste jusqu'à la fin du procès, mais elle peut être repoussée *en tout ou en partie*; et, si, après l'audition de tous les témoignages, le jury est convaincu que le conducteur n'était responsable qu'en partie, il y a alors lieu de partager la faute selon les dispositions du *Contributory Negligence Act*. Si par contre, l'ensemble de la preuve convainc le jury qu'il n'y a eu de la part du conducteur aucune faute qui a causé l'accident, l'action du demandeur doit être rejetée. La question de savoir si, et dans quelle mesure, la présomption a été repoussée, ne peut être réglée qu'à la clôture de la preuve.

Je pense comme M. le juge Cooper que les directives du savant juge de première instance au jury, à la clôture de la preuve, n'étaient pas de nature à suggérer au jury que le fardeau de la preuve se déplaçait au cours du procès et, à l'instar de la Cour d'appel, je ne crois pas qu'il y ait eu, à cet égard, des directives irrégulières, susceptibles d'avoir influé sur le verdict que le jury a rendu.

Il me paraît que, dans la présente affaire, les jurés ont dû conclure, à la clôture de la preuve, que le mineur demandeur [TRADUCTION] «s'était placé

the way of the defendant's vehicle in such a manner that the defendant could not reasonably avoid the impact" and under these circumstances they did not have to be concerned with any question of contributory negligence. (Emphasis added.)

This conclusion was expressed after a review of authorities including references to *Poole & Thompson Ltd. v. McNally*[13] and *McMillan v. Murray*[14]. These two cases, it must be noted, dealt with similar onus of proof sections in Prince Edward Island and in Alberta prior to the insertion of the words "entirely or solely" and prior to the enactment of *The Contributory Negligence Act* in those provinces. In the first case, it was said that without those words, contributory negligence of the plaintiff might not avail as a defence to the motorist because it would not show that the injury did not arise through his negligence. This was the view that was rejected in the passage from *McMillan v. Murray* which I have quoted earlier. It was there held that, even without the words "entirely or solely", proof of contributory negligence was as complete a defence against the statutory presumption of negligence as against proven negligence at common law. However, in the interval between the two judgments (November 20, 1934, and November 22, 1935), the Legislature of Alberta had added the words "entirely or solely" by chap. 82 of the Statutes of 1935, and the Legislature of Saskatchewan had similarly inserted them in s. 86 of the *Vehicles Act*, 1935 (Sask.), c. 68, assented to February 21, 1935. Later on, contributory negligence ceased to be a complete defence in the two provinces by the enactment of *The Contributory Negligence Act*, in Alberta by chap. 18 of the Statutes of 1937, in Saskatchewan by chap. 23 of the Statutes of 1944. Therefore, when *Dearing v. Hébert* came before this Court in 1957, the Alberta onus of proof section was considered in the context of that enactment. No reference was then made to *McMillan v. Murray* based as it was on the common law rule as to the effect of contributory negligence. It was mentioned in *Feener v.*

[13] [1934] S.C.R. 717.
[14] [1935] S.C.R. 572.

devant l'automobile du défendeur de telle façon que le défendeur ne pouvait raisonnablement éviter l'accident», et que, dans les circonstances, la question de la négligence commune ne se posait pas. (J'ai mis des mots en italique.)

Cette conclusion a été exprimée après une revue des précédents qui comprenait des renvois à *Poole & Thompson Ltd. c. McNally* [13] et *McMillan c. Murray*[14]. Ces deux arrêts, on doit le noter, visaient des dispositions similaires de l'Île-du-Prince-Édouard et de l'Alberta sur le fardeau de la preuve avant l'insertion des mots «entièrement ou uniquement» et avant l'adoption de *The Contributory Negligence Act* dans ces provinces. Dans le premier arrêt, on a dit que sans ces mots, la négligence commune du demandeur ne pourrait vraisemblablement pas constituer un moyen de défense pour l'automobiliste parce qu'elle ne démontrerait pas que le préjudice n'a pas résulté de sa négligence. C'est le point de vue que rejette le passage de l'arrêt *McMillan c. Murray* que j'ai reproduit plus haut. On y a décidé que, même sans les mots «entièrement ou uniquement», la preuve d'une négligence commune était un moyen de défense aussi concluant à l'encontre de la présomption législative de négligence qu'à l'encontre de la négligence prouvée suivant la *Common Law*. Cependant, durant l'intervalle entre les deux arrêts (20 novembre 1934 au 22 novembre 1935), la législature de l'Alberta avait ajouté les mots «entièrement ou uniquement» par le chap. 82 des lois de 1935, et la législature de la Saskatchewan avait de même inséré ces termes dans l'art. 86 du *Vehicles Act*, 1935 (Sask.) c. 68, sanctionné le 21 février 1935. Plus tard, la négligence commune a cessé d'être un moyen de défense complet dans les deux provinces du fait qu'on y a édicté *The Contributory Negligence Act*, en Alberta par le chap. 18 des lois de 1937, et en Saskatchewan par le chap. 23 des lois de 1944. Par conséquent, lorsque cette Cour fut saisie de l'affaire *Dearing c. Hébert* en 1957 l'article albertain relatif au fardeau de la preuve a été étudié dans le contexte de cette dernière

[13] [1934] R.C.S. 717.
[14] [1935] R.C.S. 572.

*McKenzie* but *Dearing v. Hébert* was followed in holding that a different result should obtain in the light of the applicable *Contributory Negligence Act*. However, in so far as the onus of the car driver was said to be to show that he could not "by the exercise of reasonable care" have avoided the mishap, nothing detracts from the value of Duff C.J.'s words.

I have to stress that in the *Winnipeg Electric* case, Lord Wright said in the passage above quoted, which is taken from p. 695 of the report,

> . . . the burden remains on the defendant until the very end of the case, when the *question must be determined whether or not the defendant has sufficiently shown that he did not in fact cause the accident by his negligence*. . . .

It would be contrary to the basic rule governing appeals to hold that the question becomes different in appeal and Lord Wright said nothing of the kind at p. 698. What Turgeon J.A. said in the passage quoted there from his reasons in *Stanley v. National Fruit Co.*[15], at p. 141, is this:

> But if evidence for and against is given upon the points in question, the rule in favour of the preponderance of evidence should be applied as in ordinary civil cases, and the statutory onus will cease to be a factor in the case if the Court can come to a definite conclusion one way or the other, after hearing and weighing the whole of the testimony.

That this was not read as implying that the effect of the onus provision disappears at any stage is apparent from the fact that at p. 699, after quoting from Duff J.: "*The onus of dis-*

[15] (1929), 24 S.L.R. 137.

loi qu'on avait édictée. Aucune mention n'a été faite alors de l'arrêt *McMillan c. Murray* fondé qu'il était sur la règle de *Common Law* relative à l'effet de la négligence commune. Il a été mentionné dans *Feener c. McKenzie* mais *Dearing c. Hébert* a été suivi en statuant qu'un résultat différent s'imposait à la lumière du *Contributory Negligence Act* applicable. Cependant, dans la mesure où l'on dit que le fardeau du conducteur d'automobile est de démontrer qu'il ne pouvait pas, [TRADUCTION] «en apportant un soin raisonnable», éviter la mésaventure, l'énoncé du juge en chef Duff garde toute sa valeur.

Je dois souligner que dans l'arrêt *Winnipeg Electric*, Lord Wright a dit dans le passage précité, tiré de la p. 695 du recueil,

> [TRADUCTION] . . . le fardeau repose sur le défendeur jusqu'à la fin du litige, où il *faudra déterminer si, oui ou non, le défendeur a suffisamment démontré qu'il n'a pas en fait causé l'accident par sa négligence*. . . .

Ce serait contraire à la règle fondamentale selon laquelle on doit juger en appel que de statuer que la question y devient différente et Lord Wright ne dit rien de la sorte à la p. 698. Ce que M. le juge d'appel Turgeon a dit dans le passage tiré de ses motifs dans l'affaire *Stanley v. National Fruit Co.*[15], à la p. 141, est ceci:

> [TRADUCTION] Mais si des preuves à l'appui et des preuves contraires sont présentées de part et d'autre sur les points en litige, la règle en faveur de la prépondérance de la preuve doit être appliquée comme dans les causes civiles ordinaires, et le fardeau légal cesse d'être un facteur si la Cour peut en arriver à une conclusion définitive dans un sens ou dans l'autre, après avoir entendu et pesé l'ensemble des témoignages.

Que cela n'a pas été interprété comme impliquant que l'effet de la disposition relative au fardeau peut disparaître à un stade quelconque de l'instance ressort manifestement du fait qu'à

[15] (1929), 24 S.L.R. 137.

*proving negligence remains throughout the proceedings*", Lord Wright goes on to say:

The position of the defendants under the statute is thus analogous to the position of the defendant in a case to which the principle often called res ipsa loquitur applies.

In my view, the action should be allowed against all defendants jointly and severally. This is not a case in which I can find sufficient reasons for apportioning the responsibility otherwise than equally as between the truck driver and the owner on the one hand, and the owner of the Volvo and the estate of its deceased driver on the other hand. Because the damages were not assessed by the trial judge, there will have to be a reference if the parties cannot agree as to the assessment. It should also be mentioned that while there was no objection taken to our jurisdiction, Mrs. Corothers' affidavit does not show that her husband's claim reaches the jurisdictional amount. However, because in such a situation, special leave to appeal is invariably granted on request as a matter of course, it may be taken to have been granted.

I would accordingly allow the appeal with costs throughout and direct that judgment be entered in favour of the plaintiffs against the defendants jointly and severally, for an amount to be assessed by reference to the Court of Queen's Bench of Saskatchewan, this condemnation to bear interest from the date of the judgment at trial and to be apportioned equally as between the defendants Ostop Slobodian and J. Kearns Transport Ltd. on the one hand, and Thomas Russell Poupard and Guaranty Trust Company of Canada as administrator on the other hand.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the plaintiffs, appellants: Clarence W. Vause, Swift Current.*

la p. 699, après avoir cité le juge Duff: *Le fardeau de réfuter la négligence demeure tout au long de la procédure,* Lord Wright poursuit en disant:

[TRADUCTION] La position des défendeurs sous le régime de la loi dont il s'agit est ainsi analogue à la position du défendeur dans une affaire à laquelle s'applique le principe souvent appelé res ipsa loquitur.

A mon avis, l'action doit être accueillie à l'encontre de tous les défendeurs solidairement. Il ne s'agit pas d'un cas où je trouve des motifs suffisants pour répartir la responsabilité autrement que de façon égale entre le chauffeur du camion et son propriétaire d'une part et le propriétaire de la Volvo et la succession de son conducteur défunt d'autre part. Comme les dommages n'ont pas été évalués par le juge de première instance, il devra y avoir renvoi si les parties ne peuvent s'entendre sur l'évaluation. Il faut également mentionner que bien qu'il n'y ait pas eu d'objection à la compétence de cette Cour, la déclaration sous serment souscrite par M^me^ Corothers n'indique pas que la réclamation de son mari atteint le montant juridictionnel. Toutefois, comme en pareille situation l'autorisation spéciale d'appeler est invariablement accordée sur demande, on peut considérer qu'elle l'a été.

Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi avec dépens en toutes les cours et j'ordonnerais que jugement soit inscrit en faveur des demandeurs à l'encontre des défendeurs solidairement pour un montant à déterminer sur renvoi à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, cette condamnation devant porter intérêt à compter de la date du jugement de première instance et être répartie également entre les défendeurs Ostop Slobodian et J. Kearns Transport Ltd. d'une part et Thomas Russell Poupard et Guaranty Trust Company of Canada à titre d'administratrice, d'autre part.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur des demandeurs, appelants: Clarence W. Vause, Swift Current.*

*Solicitor for the defendants, respondents, Ostop Slobodian and J. Kearns Transport Ltd.: J. Green, Regina.*

*Solicitors for the defendants, respondents, Thomas Russell Poupard and Guaranty Trust Company of Canada: Pierce, Hleck, Kanuka, Goetz, Thuringer, Semenchuck & Naylen, Regina.*

*Procureur des défendeurs, intimés, Ostop Slobodian et J. Kearns Transport Ltd.: J. Green, Regina.*

*Procureurs des défendeurs, intimés, Thomas Russell Poupard et Guaranty Trust Company of Canada: Pierce, Hleck, Kanuka, Goetz, Thuringer, Semenchuck & Naylen, Regina.*

**Cheryl Wilcox** (*Defendant*) *Appellant*;
and
**Hugh Cavan** (*Plaintiff*) *Respondent.*
1974: June 25; 1974: October 1.
Present: Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

*Negligence—Inference of negligence by nurse administering injection—Res ipsa loquitur—Rebuttal—Medical evidence—Construction of res ipsa loquitur rule.*

Respondent had developed pneumonia and when, despite an injection of tetracyclin and other prescribed treatment, his condition worsened he was taken to hospital where an x-ray revealed upper lobar pneumonia. Appellant, a registered nurse of some ten years standing, was instructed by the doctor to give the patient an injection of two c.cs. of bicillin. Respondent would not cooperate with the proposal to administer the injection in his buttock and appellant then elected to give the injection in the deltoid muscle of the upper left arm, a generally accepted alternative site. On his return home respondent found the arm extremely painful, the fingers of the left hand clenched, blanching occurred and later discoloration proceeded from the site of the injection to the hand. The condition deteriorated rapidly and the doctor, who was only able to attend the patient on the evening of the day following the injection, was surprised both as to the general health of the patient and the serious symptoms indicated by the condition of the left hand and arm. Respondent was admitted to hospital the next day suffering from gangrene of his left fingers and thumb. On his admission two doctors examined the hand, arm and shoulder in detail and both noticed the site of the injection which was in the proper place over the left deltoid muscle. It was decided that some amputation would be necessary but because of his general health this was not done until twenty days later when part of the four fingers and most of the thumb were amputated. Respondent sued appellant claiming negligence in administering the injection below the deltoid muscle, the needle being inserted deeply thereby entering an artery.

**Cheryl Wilcox** (*Défenderesse*) *Appelante*;
et
**Hugh Cavan** (*Demandeur*) *Intimé.*
1974: le 25 juin; 1974: le 1er octobre.
Présents: Les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BURNSWICK

*Négligence—Allégation de négligence contre une infirmière alors qu'elle pratiquait une injection—Res ipsa loquitur—Réplique—Preuve médicale—Interprétation de la règle res ipsa loquitur.*

L'intimé avait contracté une pneumonie et lorsque son état s'est aggravé, malgré une injection de tétracycline et d'autres traitements prescrits, il a été transporté à l'hôpital où des radiographies ont révélé une pneumonie touchant le lobe supérieur du poumon gauche. L'appelante, une infirmière diplômée ayant quelque dix ans de métier, a été chargée par le médecin de donner au patient une injection de deux cc de bicilline. L'intimé ne voulant pas recevoir l'injection dans la fesse, l'appelante a décidé de lui donner l'injection dans le muscle deltoïde de la partie supérieure du bras gauche qui est généralement accepté comme un autre endroit où donner une injection. De retour à la maison, le bras de l'intimé est devenu extrêmement douloureux, les doigts de sa main gauche étaient crispés, puis son bras, du lieu de l'injection jusqu'à la main, devint pâle et plus tard décoloré. La condition s'aggrava rapidement et le médecin, qui n'a pu se rendre auprès du patient que dans la soirée du jour suivant l'injection, fut surpris à la fois de l'état de santé général du patient et des symptomes graves dont la condition de la main et du bras gauche était l'indice. Le lendemain, l'intimé était admis à l'hôpital souffrant de gangrène des doigts et du pouce de la main gauche. Après son admission à l'hôpital, deux médecins ont examiné minutieusement la main, le bras et l'épaule et ils ont remarqué le lieu où l'injection avait été pratiquée, qui était à l'endroit normal au-dessus du muscle deltoïde gauche. On a décidé qu'une amputation partielle serait nécessaire, mais à cause de son état de santé général, cet opération n'a eu lieu que vingt jours plus tard alors qu'on lui a amputé une partie des quatre doigts et presque tout le pouce. L'intimé a poursuivi l'appelante en alléguant qu'elle avait été négligente en pratiquant l'injection en-dessous du muscle deltoïde, l'aiguille ayant été insérée profondément et par ce fait ayant pénétré dans une artère.

The trial judge dismissed the action against appellant, however the Appeal Division found that appellant had been negligent in having improperly injected the drug into the circumflex artery.

*Held*: The appeal should be allowed.

In medical cases where differences of expert opinion are not unusual—great caution should be used to ensure that the *res ipsa loquitur* rule is not construed so as to place too heavy a burden on the defendant. Each such case must be determined on its own facts and the rule should never be applied in such cases by treating the facts of one case as controlling the result in another, however similar these facts may be. In the present case the appellant nurse was clear as to the aspiration of the syringe and the absence of blood and there was ample medical evidence to support the finding that the injection was given without any fault on her part.

*Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Finlay v. Auld*, [1975] 1 S.C.R. 338; *United Motors Service, Inc. v. Hutson et al.*, [1937] S.C.R. 294; *Cardin v. La Cité de Montréal*, [1961] S.C.R. 655 referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division, setting aside the judgment of Barry J. at trial. Appeal allowed.

*J. Turnbull*, for the appellant.

*D. Pappas*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick setting aside the judgment rendered at trial by Mr. Justice Barry whereby he had dismissed an action brought by Hugh Cavan against a registered nurse in respect of the amputation of a part of his left hand as a result of a gangrenous condition having developed after an injection of bicillin

Le juge de première instance a rejeté l'action intentée contre l'appelante, mais la Division d'appel a décidé que l'appelante avait été négligente pour avoir irrégulièrement injecté le médicament dans l'artère circonflexe.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être accueilli.

Dans les affaires de responsabilité médicale où les divergences d'opinions des experts ne sont pas inhabituelles—une grande précaution doit être exercée afin de s'assurer que la règle *res ipsa loquitur* ne soit pas interprétée de façon à imposer un fardeau trop lourd au défendeur. Chacune de ces affaires doit être décidée selon ses circonstances et la règle ne devrait jamais dans de telles affaires être appliquée en considérant les faits de l'une comme déterminant le résultat dans une autre, quelle que soit la similitude qui puisse exister entre les faits. En l'espèce, l'infirmière-appelante se souvenait clairement de l'aspiration et de la seringue et de l'absence de sang et il y avait une abondante preuve médicale appuyant la conclusion que l'injection a été donnée sans qu'il n'y ait aucune faute de sa part.

Arrêts mentionnés: *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Finlay c. Auld*, [1975] 1 R.C.S. 338; *United Motors Service, Inc. c. Hutson et al.*, [1937] R.C.S. 294; *Cardin c. La Cité de Montréal*, [1961] R.C.S. 655.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick infirmant le jugement de première instance prononcé par le juge Barry. Pourvoi accueilli.

*J. Turnbull*, pour l'appelante.

*D. Pappas*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, laquelle a infirmé le jugement prononcé en première instance par M. le juge Barry qui avait rejeté une action intentée par Hugh Cavan contre une infirmière diplômée, à la suite de l'amputation d'une partie de sa main gauche résultant d'une gangrène contractée après que l'infirmière, sur

given by the nurse on the instructions of a doctor.

The circumstances giving rise to this litigation were that Cavan had developed pneumonia early in January 1971, which was treated by Dr. Pugh who gave him an injection of tetracyclin in the deltoid muscle of the upper left arm and prescribed medication. Cavan's condition worsened and on January 7th the doctor ordered him to be taken to the outpatient department of the St. John General Hospital where an x-ray revealed that he had left upper lobar pneumonia. Cheryl Wilcox, a registered nurse of some ten years' standing, was instructed by the doctor to give the patient an injection of two c.cs of bicillin.

Mrs. Wilcox had been giving injections at the rate of six to eight a day for many years and intended to inject the bicillin into the patient's buttock, but it was because he would not cooperate in this regard that she elected to give the injection in the deltoid muscle of the upper left arm, which is generally accepted as an alternative site. Immediately after the injection had been given, Cavan and his wife returned to their home by taxi because there was no bed available in the hospital, and very soon the arm became extremely painful and the fingers of the left hand assumed a clenched position which was followed by blanching and later by discoloration proceeding from the site of the injection to the hand. This condition deteriorated rapidly but Dr. Pugh was unable to attend the patient until the evening of the 8th of January when he was surprised at the state in which he found Mr. Cavan both as to his general physical health and the serious symptoms indicated by the condition of his hand and arm.

After the respondent was admitted to hospital on January 9th, his condition having further deteriorated, it was immediately concluded that he was suffering from gangrene of all of the fingers and thumb on his left hand. On the afternoon of his admission, Dr. W. J. Stephen and Dr. W. D. Miller examined the hand, arm

les ordres d'un médecin, lui eut donné une injection de bicilline.

Le litige a pris naissance lorsque Cavan contracta une pneumonie au début de janvier 1971, pour laquelle il fut traité par le D[r] Pugh qui lui donna une injection de tétracycline dans le muscle deltoide de la partie supérieure du bras gauche et lui prescrivit des médicaments. L'État de Cavan s'aggrava et le 7 janvier le médecin ordonna de le transporter au service des patients externes de l'hôpital général de Saint-Jean, où des radiographies révélèrent qu'il souffrait de pneumonie touchant le lobe supérieur du poumon gauche. Cheryl Wilcox, une infirmière diplômée ayant quelque dix ans de métier, a été chargée par le médecin de donner au patient une injection de deux cc de bicilline.

M[me] Wilcox avait donné des injections à raison de six à huit par jour durant plusieurs années et voulait injecter la bicilline dans la fesse du patient, mais c'est parce qu'il ne voulait pas lui permettre de le faire à cet endroit qu'elle décida de donner l'injection dans le muscle deltoide de la partie supérieure du bras gauche, qui est généralement accepté comme un endroit où l'on peut également donner l'injection. Ceci fait, Cavan et sa femme retournèrent immédiatement à la maison en taxi parce qu'il n'y avait pas de lit disponible à l'hôpital. En très peu de temps son bras est devenu extrêmement douloureux et les doigts de sa main gauche se crispèrent, et par la suite son bras, du lieu de l'injection jusqu'à la main, devint pâle et plus tard décoloré. Cette condition s'aggrava rapidement mais le D[r] Pugh a été incapable de se rendre auprès du patient avant la soirée du 8 janvier. Il fut surpris alors de l'état dans lequel il trouva M. Cavan, tant de son état de santé général que des symptômes graves dont la condition de son bras et de sa main était l'indice.

Après que l'intimé eut été admis à l'hôpital le 9 janvier, sa condition s'étant aggravée davantage, on en est venu immédiatement à la conclusion qu'il souffrait de gangrène de tous les doigts et du pouce de la main gauche. L'après-midi de son admission à l'hôpital, le D[r] W. J. Stephen et le D[r] W. D. Miller ont examiné

and shoulder in detail at which time both noticed the site of Mrs. Wilcox' injection, which was in the proper position over the left deltoid muscle. At this time it was found that Mr. Cavan was in a very serious condition attributable to the pneumonia affecting his ability to properly aereate his blood supply resulting in a complete renal failure. Although it had been decided that it would be necessary to amputate at least some of the left hand, his general health was considered too precarious to permit such an operation until the 29th of January when part of the four fingers and most of the thumb were amputated.

The respondent brought the present action claiming against Mrs. Wilcox that she was negligent in "administering the injection of bicillin in the left arm below the deltoid muscle, the needle being inserted deeply thereby entering an artery" and against Dr. Pugh claiming that he was vicariously responsible for this negligence and was himself "negligent in failing to diagnose that the said injection had been improperly and negligently given", and in failing to prescribe proper treatment therefor and also for his delay in responding to the call made for his help during the night after the injection had been given.

Mr. Justice Barry dismissed the respondent's action against both the nurse and the doctor, but the Appeal Division, while affirming this dismissal in so far as the doctor was concerned, nevertheless found Mrs. Wilcox to have been negligent in having improperly injected the drug into the circumflex artery of the respondent's left arm. No appeal has been asserted from the judgment dismissing the action against the doctor.

The respondent's case rests in large measure upon the evidence of his wife who had gone with him to the hospital and had watched the nurse inserting the needle. In explaining where she thought the injection had been given she was asked:

minutieusement la main, le bras et l'épaule et ils ont alors remarqué le lieu où M^me^ Wilcox avait pratiqué l'injection, qui était à l'endroit normal au-dessus du muscle deltoide gauche. On a alors constaté que M. Cavan était dans un état critique en raison de la pneumonie qui empêchait l'aération adéquate du système sanguin, ce qui provoquait l'arrêt complet des fonctions du rein. Bien qu'on eût décidé qu'il serait nécessaire d'amputer au moins une partie de sa main gauche, son état de santé général a été jugé trop précaire pour permettre une opération de cette nature avant le 29 janvier, jour où on lui amputa une partie des quatre doigts et presque tout le pouce.

L'intimé a intenté la présente action en alléguant contre M^me^ Wilcox qu'elle a été négligente en [TRADUCTION] «pratiquant l'injection de bicilline dans le bras gauche en-dessous du muscle deltoide, l'aiguille ayant été insérée profondément et par ce fait ayant pénétré dans une artère» et contre le D^r^ Pugh que celui-ci est responsable de la négligence de l'infirmière et a été lui-même [TRADUCTION] «négligent en omettant de diagnostiquer que ladite injection avait été donnée de façon irrégulière et négligente», et en omettant de prescrire les traitements adéquats par la suite et aussi en raison de son retard à répondre à l'appel qui lui avait été fait au cours de la nuit après l'injection.

M. le juge Barry a rejeté l'action de l'intimé à la fois contre l'infirmière et le médecin, mais la Division d'appel, tandis qu'elle confirmait le rejet à l'égard du médecin, décidait cependant que M^me^ Wilcox avait été négligente pour avoir irrégulièrement injecté le médicament dans l'artère circonflexe du bras gauche de l'intimé. Il n'y a pas eu d'appel interjeté à l'encontre de l'arrêt rejetant la réclamation contre le médecin.

L'action de l'intimé repose en grande partie sur le témoignage de son épouse qui s'était rendue avec lui à l'hôpital et avait surveillé l'infirmière qui insérait l'aiguille. En expliquant où elle croyait que l'injection avait été donnée, on lui a demandé:

Q. Would you call that the inner side of the arm?

A. Well I mean this is where it went in, but see this is why I paid attention to it because you usually get it up here, you know. I never heard of one down here.

She marked the spot which she had indicated with a pencil and Dr. Scott, who was the Chief of the Division of Cardiovascular and Thoracic Surgery at the Montreal General Hospital, when called to give an explanation relating the mark to the muscles of the arm, said that it was between "the long head of the biceps and the deltoid muscle."

If Mrs. Cavan had correctly identified the site of the injection it would mean that the bicillin was not injected into the muscle at all but quite possibly directly into a vein. She identified the spot where she alleged the injection to have been given by reference to what she said was a little tea stain which she first observed after the operation on the hand. Her evidence in this regard was as follows:

Q. You say you could see that tea stain.

A. Well I was looking for things like this because I mean I knew that this is what had caused the arm and I was looking for this.

Q. Okay, and you say you saw it and you say that it was at the spot where you have marked the 'x'.

A. Yes.

Q. And you say that you could see that—when did you first see it?

A. Well after his hand was amputated the skin started to clear up—you know—the hand and arm started to have a bit of colour in it—you know—nothing to talk about, but it wasn't as marbly like as it was before.

The operation took place on the 29th of January and this evidence can only mean that Mrs. Cavan is saying that she was able to observe the injection mark three weeks after Mrs. Wilcox had inserted the needle. This story has to be

[TRADUCTION] Q. Appelleriez-vous ça le côté interne du bras?

R. Bien je veux dire que ceci est l'endroit où elle a pénétré, mais voyez-vous c'est pourquoi je l'ai remarqué parce que ordinairement vous l'avez ici en haut, vous savez. Je n'ai jamais eu connaissance d'une injection ici en bas.

Elle a marqué l'endroit qu'elle avait indiqué avec un crayon et le Dr Scott, qui était le médecin chef du service de chirurgie cardio-vasculaire et thoracique à l'Hôpital Général de Montréal, lorsqu'on lui a demandé de situer cette marque par rapport aux muscles du bras, a déclaré qu'elle était entre [TRADUCTION] «la longue portion du biceps et le muscle deltoïde.»

Si Mme Cavan a bien identifié l'endroit de l'injection, ceci voudrait dire que la bicilline n'a pas été injectée dans le muscle du tout mais très possiblement directement dans une veine. Elle a identifié l'endroit où elle prétend que l'injection a été donnée par référence à ce qu'elle a dit être une petite tache couleur de thé qu'elle a remarquée pour la première fois après l'opération à la main. Son témoignage à cet égard a été comme suit:

[TRADUCTION] Q. Vous dites que vous pouviez voir cette tache couleur de thé.

R. Bien je regardais pour quelque chose comme ça parce que je veux dire je savais que c'était ça qui avait causé le mal de bras et je regardais pour ça.

Q. D'accord et vous dites que vous l'avez vue et vous dites qu'elle était à l'endroit que vous avez indiqué d'un «x».

R. Oui.

Q. Et vous dites que vous pouviez voir cela—quand l'avez vous vue pour la première fois?

R. Bien après que la main a été amputée, la peau a commencé à s'éclaircir—vous savez—la main et le bras ont commencé à prendre un peu de couleur—vous savez rien de bien extraordinaire, mais ce n'était pas blanc comme marbre comme ce l'était auparavant.

L'opération a eu lieu le 20 janvier et ce témoignage peut seulement signifier que Mme Cavan a pu observer la marque de l'injection trois semaines après que Mme Wilcox eut inséré l'aiguille. Ce récit doit être examiné à la lumière du témoi-

viewed in light of the evidence of Dr. Miller who examined the patient shortly after his admission, finding the needle mark in the proper position over the deltoid muscle, who stated that such a mark would normally disappear within three days and that it was no longer observed by him on his subsequent visits on the 11th and 12th of January. He said, in the course of cross-examination:

Q. Well when one gives drugs of this nature and as you described it—the deltoid area—is it normal that the site of the injection—there is a bruise after the injection which stays for some time?

A. There is usually a flare and a slight thickness of the tissue in that site, yes.

Q. A bruise though.

A. Not necessarily a bruise.

Q. Is that what you meant by discoloration?

A. I think I meant a reddish erythema, not a bruise. A reddish erythema would be the discoloration I refer to.

Q. Which would be caused by the injection?

A. It would be caused by the substance injected. The cause, sir, is exceedingly more complex. It has to do with the mode of absorption and breakdown of the material in the area. So, we can't really just—that's a paraphrasing of the cause.

Q. How long would this discoloration last?

A. It usually lasts about 72 hours.

Q. 72 hours. That is—my mathematics isn't very good, but how many days is that?

A. Three days.

Q. In this case did it go away after three days?

A. I was unaware of it in my subsequent visits on the 11th and 12th.

Q. There is some indication from the nurses notes that it was still there on the 13th of January, which would be six days later. Is that unusual assuming that to be the case?

A. The date again.

Q. The 13th.

A. The 13th, which is four days.

gnage du Dr Miller qui a examiné le patient immédiatement après son admission, trouvant la marque de la piqûre à l'endroit normal au-dessus du muscle deltoïde, et qui a déclaré qu'une marque de ce genre disparaîtrait normalement en-dedans de trois jours et qu'il ne l'avait pas remarquée lors de ses visites subséquentes les 11 et 12 janvier. Il a déclaré, en cours de contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Q. Bien lorsque quelqu'un donne des médicaments de cette nature et comme vous l'avez décrit—la région deltoïdienne—est-il normal que le lieu de l'injection—qu'il ait une ecchymose après l'injection qui demeure pour quelque temps?

R. Il y a habituellement une aréole et un léger épaississement de l'épiderme à l'endroit de l'injection, oui.

Q. Une ecchymose donc.

R. Pas nécessairement une ecchymose.

Q. Est-ce que c'est ce que vous voulez dire par décoloration?

R. Je crois que je veux dire un érythème rougeâtre, pas une ecchymose. L'érythème rougeâtre serait la décoloration que j'ai mentionnée.

Q. Qui aurait été causée par l'injection?

R. Elle peut être causée par la substance injectée. La cause, Monsieur, est de beaucoup plus complexe. Cela relève du mode d'absorption et de la façon dont la substance se répand dans la région. Aussi nous ne pouvons pas seulement—c'est une paraphrase de la cause.

Q. Combien de temps resterait cette décoloration?

R. Elle reste habituellement environ 72 heures.

Q. 72 heures. C'est-à-dire—je ne suis pas très fort en mathématiques, mais combien de jours cela représente-t-il?

R. Trois jours.

Q. En ce cas-ci, est-elle disparue après trois jours?

R. Je ne l'ai pas remarquée lors de mes visites subséquentes les 11 et 12.

Q. D'après les notes des infirmières il semblerait que la marque était encore là le 13 janvier, ce qui serait six jours plus tard. Dans l'hypothèse que tel aurait été le cas, est-ce inhabituel?

R. Voulez-vous répéter la date.

Q. Le 13.

R. Le 13, ce qui représente 4 jours.

Q. No. The injection was given on the 7th.
A. Oh yes, the 7th. Not unheard of.

Although Mrs. Cavan purports to have noticed the point at which the appellant injected the needle, she was later asked:

Q. Now, do you say that Mrs. Wilcox, when she gave this injection, held the plunger in her right hand, the needle, and her thumb on the plunger.

A. Yes.

Q. And in one motion put it in.
A. Well again I am surmising that's what she did. I don't know the procedure to put a needle in. I never look personally. I never look when I'm getting it.

Q. Did you look at this time?
A. Well I was just watching like. I wasn't curious or anything.

One further phase of Mrs. Cavan's evidence which is worthy of note is contained in the following questions and answers:

Q. Mrs. Cavan, there was no blood when the needle was withdrawn, was there?
A. No.

Q. No blood came out of the puncture site.

A. No. She put a bandaid over it.

Q. How long did the bandaid last?

A. Well she told me to take it off when I got home.

Q. And was there any blood on the bandaid?
A. Oh, you know, just a small part—a tiny, tiny spot.

On the other hand, Mrs. Wilcox testified that she gave the injection in the proper site over the deltoid muscle where she had always given such injections in the course of her ten years' experience. Her evidence was criticized on the ground that she was unable to recall the details of the Cavan case and relied in great degree upon the fact that she had never given such an injection in any other manner, but her evidence was confirmed by that of the doctor who examined the patient on his return to hospital on the 9th of January and then found the only injection

Q. Non. L'injection a été donnée le 7.
R. Oh oui, le 7. Ce n'est pas sans précédent.

Bien que M^me^ Cavan prétende qu'elle a remarqué l'endroit où l'appelante a introduit l'aiguille, on lui a demandé ensuite:

[TRADUCTION] Q. Maintenant, dites-vous que M^me^ Wilcox, lorsqu'elle a donné cette injection, tenait le piston dans sa main droite, l'aiguille, et son pouce sur le piston.
R. Oui.

Q. Et d'un seul coup elle l'a enfoncé.
R. Bien encore je suppose que c'est ce qu'elle a fait. Je ne connais pas la façon de procéder à une injection. Personnellement je ne regarde jamais. Je ne regarde jamais lorsque j'en reçois une.

Q. Cette fois-ci avez-vous regardé?
R. Bien je regardais seulement comme ça. Je n'étais pas particulièrement curieuse.

Une autre partie du témoignage de M^me^ Cavan qui mérite d'être soulignée est contenue dans les questions et réponses suivantes:

Q. M^me^ Cavan, il n'y avait pas de sang lorsque l'aiguille a été retirée, n'est-ce pas?
R. Non.

Q. Il n'y avait pas de sang provenant de l'endroit de la piqûre.
R. Non. Elle a mis un pansement (bandaid) dessus.

Q. Combien de temps le pansement a-t-il été laissé?
R. Bien elle m'a dit de l'enlever en arrivant à la maison.

Q. Et y avait-il du sang sur le pansement?
R. Oh vous savez seulement un petit peu—une très très petite tache.

D'autre part, M^me^ Wilcox a témoigné qu'elle a donné l'injection à l'endroit normal au-dessus du muscle deltoïde où elle avait toujours donné des injections de ce genre au cours de ses dix années de métier. Son témoignage a été critiqué en raison du fait qu'elle est incapable de se rappeler des détails de l'affaire Cavan et qu'elle s'est basée en grande partie sur le fait qu'elle n'avait jamais donné une injection de ce genre d'aucune autre façon, mais son témoignage a été confirmé par celui du médecin qui, lorsque le patient est retourné à l'hôpital le 9 janvier, a

mark to be in the correct position over the deltoid muscle just as the appellant had described it.

The appellant recalled Mr. Cavan's visit on the 7th of January with particular reference to his reluctance to having the injection in the buttock and she stated that she had never in her life put a bandaid on an injection site. Considerable importance attaches to the fact that the proper practice in giving such an injection, and the one which Mrs. Wilcox said she followed, is that described by Dr. Scott where he said:

> . . . you put the needle in and then when you feel that you're in the muscle you withdraw on the plunger and the syringe to make sure that you're not in a blood vessel and when no blood comes back then you have—really you have done all you can do. There is nothing more that you can do really.

Mrs. Wilcox stated categorically that she had aspirated the syringe and that there was no blood. She then said:

> It is very seldom that you get blood, and I don't think I would have forgotten it in a couple of weeks. I have gotten blood.
>
> Q. Approximately how many times have you got blood?
>
> A. Maybe 2 or 3. Not very many times.

The significance of this evidence is that if there had been evidence of blood after aspiration it should have alerted Mrs. Wilcox to the probability that the needle had entered a blood vessel and that it would be dangerous to give the injection in that spot but, as I have indicated, Mrs. Cavan's evidence that there was a small spot of blood at the puncture site was denied by the nurse, and doctors who were very highly qualified specialists testified that the needle could have reached the artery without any blood being released.

In weighing the evidence of Mrs. Cavan and Mrs. Wilcox, Mr. Justice Barry, who had the advantage of seeing and hearing these witnesses as they gave their evidence, clearly preferred the version of the appellant and based his judg-

examiné celui-ci et a constaté alors que la seule marque d'injection était à l'endroit normal au-dessus du muscle deltoïde, exactement comme l'appelante l'avait décrit.

L'appelante se rappelle de la visite de M. Cavan le 7 janvier et de façon plus particulière de sa répugnance à recevoir l'injection dans la fesse et elle a déclaré qu'elle n'avait jamais de sa vie mis un pansement sur le lieu d'une injection. Une importance considérable est attachée au fait que la façon normale de donner une telle injection, et que M^me^ Wilcox dit avoir suivie, est celle décrite par le D^r^ Scott lorsqu'il dit:

> [TRADUCTION] . . . vous enfoncez l'aiguille et lorsque vous sentez que vous avez atteint le muscle vous retirez le piston et la seringue pour être certain que vous n'êtes pas dans un vaisseau sanguin et lorsqu'il n'y a pas de sang qui sourd alors vous avez—réellement vous avez fait tout ce qui était possible. Il n'y a rien de plus que vous pouvez réellement faire.

M^me^ Wilcox a déclaré de façon catégorique qu'elle avait aspiré la seringue et qu'il n'y avait pas de sang. Elle dit ensuite:

> [TRADUCTION] C'est très rare que vous avez du sang et je ne crois pas que je l'aurais oublié après deux semaines. J'ai eu du sang.
>
> Q. Combien de fois approximativement avez vous eu du sang?
>
> R. Peut-être 2 ou 3 fois. Pas très souvent.

L'importance de ce témoignage est que s'il y avait eu une indication de la présence de sang après l'aspiration cela aurait dû mettre M^me^ Wilcox en garde contre la possibilité que l'aiguille avait pénétré dans un vaisseau et qu'il aurait été dangereux de donner l'injection à cet endroit mais, comme je l'ai mentionné, le témoignage de M^me^ Cavan qu'il y avait une petite tache de sang à l'endroit de la piqûre a été nié par l'infirmière, et des médecins qui étaient des spécialistes hautement qualifiés ont témoigné que l 'aiguille aurait pû atteindre l'artère sans provoquer aucun épanchement de sang.

En pesant le témoignage de M^me^ Cavan et de M^me^ Wilcox, M. le juge Barry, qui a eu l'avantage de voir et d'entendre ces témoins alors qu'ils ont déposé, a clairement préféré la version de l'appelante et a fondé son jugement sur

ment on the finding that "Mrs. Wilcox injected the medication into the deltoid muscle" and that her actions and technique were faultless. In finding that the gangrenous condition of the respondent's arm was due to the bicillin injection having entered the circumflex artery, Mr. Justice Barry stated:

I must also state how the antibiotic got into the artery if the injection was given in the deltoid muscle as it probably was, in view of the evidence of the men who saw the injection mark at the hospital. The second necessity is answered by stating that there is a circumflex artery connected to the brachial artery and the circumflex runs around the outer aspect of the humerus under the deltoid and its presence is not mentioned in nursing text books at all, according to the best evidence. . . . That circumflex artery, in my opinion, was the point of entry. It will be asked why, then, did Mrs. Wilcox not get blood on aspiration of the syringe if the needle was in it, to which the answer is given by Doctors MacLean and Scott, that it is possible for the point of the needle to be so positioned that it would not get blood on aspiration but could inject the medication nevertheless. In other words, aspiration as a technique to determine if the needle is in a large blood vessel is not perfect but it is the best method available. After all, as one witness said, the needle is under the skin and one cannot see its point unless all injections are made in the presence of an x-ray machine and a properly medicated subject. The slightest motion of the needle or the patient could vary the position of the needle.

As to the suggestion that the injection should have been given in the buttock, the evidence indicates that site as the usual place, but it is perfectly proper to use the deltoid muscle in certain cases, for example, when the patient is in a body cast or has an infection in the buttock area, or usually, in the case of some females, the lady is unwilling to expose that part of the body. I cannot find it to have been negligent to use the deltoid area in this situation. A shorter needle might have been used but the medical evidence indicates that a 1½ inch needle is perfectly proper.

la conclusion que [TRADUCTION] «M^me^ Wilcox avait injecté le médicament dans le muscle deltoïde» et que ses actes et sa technique étaient irréprochables. En concluant que la gangrène du bras de l'intimé a été causée par le fait que l'injection de bicilline avait pénétré dans l'artère circonflexe, M. le juge Barry a déclaré:

[TRADUCTION] Je dois aussi mentionner comment l'antibiotique a pénétré dans l'artère si l'injection a été donnée dans le muscle deltoïde comme elle l'a probablement été, vu les témoignages des hommes qui ont vu la marque de l'injection à l'hôpital. Le deuxième fait nécessaire est expliqué en déclarant qu'il existe une artère circonflexe reliée à l'artère brachiale et que l'artère circonflexe contourne l'humérus à l'extérieur de celui-ci, sous le deltoïde, et que sa présence n'est pas mentionnée du tout dans les manuels de nursing, selon la meilleure preuve. . . . Cette artère circonflexe a été, à mon avis, le point d'introduction. On se demandera pourquoi, alors, il n'y a pas eu de sang qui a jailli lorsque M^me^ Wilcox a aspiré la seringue si l'aiguille était dans l'artère, ce à quoi la réponse est donnée par les docteurs MacLean et Scott, à savoir qu'il est possible que la pointe de l'aiguille soit placée de telle façon que le sang ne sourde pas à l'aspiration mais qu'elle puisse néanmoins injecter le médicament. En d'autres mots, l'aspiration en tant que technique pour déterminer si l'aiguille est dans un vaisseau sanguin important n'est pas parfaite mais elle demeure la meilleure méthode disponible. Après tout, comme le dit un témoin, l'aiguille est sous la peau et on ne peut pas voir sa pointe à moins que toutes les injections soient faites sous l'observation de rayons X et administrées sur des patients ayant reçu les calmants appropriés. Le plus léger mouvement de l'aiguille ou du patient peut modifier la position de l'aiguille.

Quant à la prétention que l'injection aurait dû être donnée dans la fesse, la preuve démontre que c'est là l'endroit habituel, mais il est tout à fait normal de la donner dans le muscle deltoïde en certains cas, par exemple lorsque le patient a cette partie du corps dans un plâtre ou qu'il a une infection dans la fesse, ou ordinairement, dans le cas de certaines patientes de sexe féminin, lorsque celles-ci ne veulent pas exposer cette partie de leur anatomie. Je ne puis conclure qu'il y ait eu de la négligence en procédant dans la région deltoïdienne en l'espèce. Une aiguille plus courte aurait pû être utilisée mais la preuve médicale démontre qu'une aiguille d'un pouce et demi est tout à fait adéquate.

It is significant also in my view that the evidence of the Director of Nursing Services at the St. John General Hospital and the Assistant Director of Nursing at St. Joseph's Hospital, which was confirmed by Professor Irene Leckie, a member of the teaching staff in nursing at the University of New Brunswick, is all to the effect that nurses in training were not instructed with respect to the existence of the circumflex artery's proximity to the deltoid muscle. Professor Leckie gave the following evidence:

Q. Now from your own knowledge, and also from what you teach the students today, is there anything about—in giving an injection—an intermuscular injection in the deltoid, is anything taught about the circumflex humeral arteries?

A. No. The textbooks in nursing refer to the fact there is a possibility or the danger that is involved in giving of an intermuscular injection in the deltoid: is hitting the radial nerve.

And later:

Q. Had you yourself ever known about this until yesterday afternoon?
A. This was the first time I had heard this in relation to the giving of intermuscular injections in the deltoid.

Finally the same witness was asked:

Q. Professor, how many student nursing textbooks are you familiar with?
A. I think I can say quite honestly I am familiar with all of them that are published at the present time.

Q. Have you ever seen in any of those nursing textbooks any reference to this business of the circumflex artery?
A. No.

Q. And you yourself didn't know of it?
A. No.

It appears to me to follow that Mrs. Wilcox was in no way blameworthy by reason of the fact that she was unaware of the existence of any potential danger due to the position of the circumflex artery.

Il est significatif aussi, à mon avis, que les témoignages de la directrice des services de nursing de l'hôpital général de Saint-Jean et de la directrice adjointe du Nursing à l'hôpital St-Joseph, qui ont été confirmés par le professeur Irene Leckie, un membre du personnel enseignant de nursing à l'Université du Nouveau-Brunswick, concordent tous les deux à dire qu'on n'instruisait pas les infirmières stagiaires de l'existence de la proximité de l'artère circonflexe par rapport au muscle deltoïde. M^me^ Leckie, professeur, a fourni ce témoignage:

[TRADUCTION] Q. Maintenant d'après vos propres connaissances, et aussi d'après ce que vous enseignez aux étudiants aujourd'hui, y a-t-il quelque chose relativement—en procédant à une injection—à une injection intramusculaire dans le deltoïde, y a-t-il quelque chose d'enseigné relativement aux artères circonflexes de l'humérus?
R. Non. Les manuels de nursing mentionnent le fait d'une possiblité ou le danger que comporte l'injection intramusculaire dans le deltoïde: celui d'atteindre le nerf radial.

Et plus loin:

Q. Étiez-vous vous-même au courant de ce fait avant hier après-midi?
R. C'était la première fois que j'entendais parler de ceci, en ce qui concerne des injections intramusculaires dans le deltoïde.

Enfin on a demandé au même témoin:

Q. Professeur, combien de manuels d'étude sur le nursing connaissez-vous bien?
R. Je crois que je peux très honnêtement dire que je connais bien tous ceux qui sont publiés actuellement.

Q. Avez-vous déjà vu dans l'un de ces manuels de nursing quelque mention relative à cette question de l'artère circonflexe?
R. Non.

Q. Et vous-même vous n'étiez pas au courant?
R. Non.

Il me semble qu'il s'ensuit que M^me^ Wilcox n'était en aucune façon à blâmer pour le fait qu'elle ne connaissait pas l'existence d'un danger possible dû à la position de l'artère circonflexe.

The Appeal Division affirmed the finding that the bicillin had "somehow gotten into an artery and caused the damage suffered", and in agreeing with the trial judge concluded that the evidence called on behalf of the respondent constituted a *prima facie* case giving rise to a presumption of negligence and thus shifting the burden of proof to the appellant.

I have recited excerpts from the evidence at some length because the difference between the trial judge and the Appeal Division was that the former was satisfied that Mrs. Wilcox had discharged the burden resting upon her by showing that the misfortune suffered by Mr. Cavan could have occurred without any negligence on her part. The difference of opinion between the two courts clearly arises as a result of their evaluation of the evidence adduced by Mrs. Wilcox and of the inferences to be drawn therefrom. The Appeal Division appears to have felt itself bound by the similarity between the facts of this case and those disclosed in *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*[1], where Mr. Justice Pigeon, speaking for the Court, had found that the explanation advanced by the doctor who had injected an anaesthetic in that case was not sufficiently convincing to discharge the burden of proof imposed by the rule of evidence which is often referred to as *res ipsa loquitur.*

The case of *Martel* came to this Court after the Court of Queen's Bench (Appeal Side) and the learned trial judge had both found that the doctor had failed to discharge the burden imposed upon him by the circumstances and in this regard differs sharply from the present case where the finding of the trial judge in Mrs. Wilcox' favour was reversed on appeal.

One of the main factors which affected the conclusion in the *Martel* case was that the anaesthetist appeared to have no recollection of giving the injection and even when it was pointed out to him that the nurse in charge of the recovery room had made a note of his having

[1] [1969] S.C.R. 745.

La Division d'appel a confirmé la conclusion que la bicilline avait [TRADUCTION] «d'une façon quelconque pénétré dans une artère et causé les dommages subis». Et en accord avec le juge de première instance, elle a conclu que la preuve présentée par l'intimé constituait une preuve *prima facie* donnant naissance à une présomption de négligence et rejetant ainsi le fardeau de la preuve sur l'appelante.

J'ai cité des passages passablement longs des témoignages, parce que la différence entre le juge de première instance et la Division d'appel a été que le premier a été convaincu que M^me^ Wilcox avait repoussé le fardeau de la preuve qui pesait contre elle en montrant que l'incident malencontreux subi par M. Cavan avait pu se produire sans aucune négligence de sa part. La différence d'opinions entre les deux tribunaux résulte clairement de leur appréciation respective du témoignage de M^me^ Wilcox et des conclusions qu'on peut en tirer. La Division d'appel semble s'être sentie liée par l'analogie entre les faits en l'espèce et ceux de l'arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*[1], où M. le juge Pigeon, parlant au nom de la Cour, a conclu que l'explication suggérée par le médecin qui avait injecté l'anesthésique n'avait pas été suffisamment convaincante pour repousser la présomption imposée par la règle de preuve que l'on appelle souvent la règle *res ipsa loquitur.*

L'affaire de *Martel* a été entendue par cette Cour après que la Cour du banc de la Reine et le savant juge de première instance eurent tous deux conclu que le médecin n'avait pu repousser la présomption imposée par les circonstances et à cet égard elle diffère de beaucoup de la présente cause où la conclusion du juge de première instance, favorable à M^me^ Wilcox, a été informée en appel.

L'un des facteurs principaux qui a influencé la conclusion dans l'arrêt *Martel* a été que l'anesthésiste a semblé n'avoir aucun souvenir d'avoir donné l'injection et même lorsqu'on lui a fait remarquer que l'infirmière chargée de la salle de réveil avait noté qu'il avait visité le

[1] [1969] R.C.S. 745.

visited the patient in that room, he did not remember such a visit and in fact denied that he had been there. This becomes all the more significant in light of the fact that only three or four days had elapsed between the administration of the anaesthetic and the time when the anaesthetist was first alerted to the difficulties of which it was the cause.

On the other hand, Mrs. Wilcox' account of the injection given to Cavan was based on her practice over the years and she was clear in her recollection as to the aspiration of the syringe and the lack of blood and the fact that she had not used a bandaid. Her inability to remember the details of this particular injection is, in my opinion, understandable on the basis that, in the course of her duties over many years, she had given a number of injections daily and that two weeks had elapsed after Cavan's injection before she was reminded of the incident by being told of the gangrenous condition of his hand.

Perhaps the most marked difference between the *Martel* case and the present one is that in the former case the explanation advanced by the anaesthetist was a pure hypothesis which was totally unsupported by the evidence of the other doctors, whereas in the present case there was ample medical evidence to support the finding that the injection was given without any fault on the part of Mrs. Wilcox.

It appears to me that in medical cases where differences of expert opinion are not unusual and the sequence of events often appears to have brought about a result which has never occurred in exactly the same way before to the knowledge of the most experienced doctors, great caution should be exercised to ensure that the rule embodied in the maxim *res ipsa loquitur* is not construed so as to place too heavy a burden on the defendant. Each such case must of necessity be determined according to its own particular facts and it seems to me that the rule should never be applied in such cases by treating the facts of one case as controlling the result in another, however similar those facts may be.

patient dans cette salle, il ne s'est pas souvenu de cette visite et a même affirmé ne pas y être allé. Ceci devient encore plus significatif à la lumière du fait que seulement trois ou quatre jours s'étaient écoulés entre l'administration de l'anesthésique et le moment où l'anesthésiste a été alerté pour la première fois des complications que celui-ci avait entraînées.

En revanche, ce que dit M^me^ Wilcox au sujet de l'injection donnée à Cavan est fondé sur sa pratique au cours des années et elle se souvient clairement de l'aspiration de la seringue et de l'absence de sang ainsi que du fait qu'elle n'a pas utilisé de pansement. Son incapacité de se souvenir des détails de cette injection particulière est, à mon avis, compréhensible étant donné que, dans les cours de ses activités durant de nombreuses années, elle a pratiqué quotidiennement un certain nombre d'injections et qu'un délai de deux semaines s'était écoulé depuis l'injection donnée à Cavan avant qu'on lui rappelle l'incident en lui mentionnant la gangrène de la main de Cavan.

La différence la plus marquée entre le cas *Martel* et celui de l'espèce présente est peut-être que dans le premier l'explication suggérée par l'anesthésiste était une pure hypothèse qui n'était aucunement appuyée par le témoignage des autres médecins, alors qu'ici il y a une abondante preuve médicale appuyant la conclusion que l'injection a été donnée sans qu'il n'y ait aucune faute de la part de M^me^ Wilcox.

Il me semble que dans les affaires de responsabilité médicale où les divergences d'opinions des experts ne sont pas inhabituelles et où les faits dans leur ordre de succession apparaissent souvent avoir abouti à un résultat qui ne s'est jamais produit exactement de la même façon auparavant à la connaissance des médecins les plus expérimentés, on doive exercer une grande précaution afin de s'assurer que la règle de preuve qu'incarne la maxime *res ipsa loquitur* ne soit pas interprétée de façon à imposer un fardeau trop lourd au défendeur. Chacune de ces affaires doit nécessairement être décidée selon ses circonstances particulières et il me semble que la règle ne devrait jamais dans de

In the recent case of *Finlay v. Auld*[2], this Court considered the application of the rule of *res ipsa loquitur* to medical malpractice cases and readopted the language in which it was stated by Sir Lyman Duff in *United Motors Service, Inc., v. Hutson et al.*[3] at p. 297:

> There must be reasonable evidence of negligence. But where the thing is shown to be under the management of the defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendant, that the accident arose from want of care.

Sir Lyman, however, added the following qualification:

> Broadly speaking in such cases, where the defendant produces an explanation equally consistent with negligence and with no negligence, the burden of establishing negligence still remains with the plaintiff.

In the *Auld* case the Court went on to say:

> This interpretation of the rule is consistent with the judgment of the House of Lords in *Woods v. Duncan* [1946] A.C. 401 at p. 419 which is referred to in the judgment of the Appellate Division, where Viscount Simon pointed out that even where the rule applies the defendant is not to be held liable because he cannot prove exactly how the accident happened.

In the present case neither the appellant nor any of the distinguished doctors called at the trial were able to explain exactly how the bicillin found its way into the circumflex artery. One of the doctors described the event as a misadventure and Dr. Scott stated that if Mrs. Wilcox had given the injection as she stated she did and in the place where Dr. Miller found the mark, "what happened after that was tragic as it was

[2] [1975] 1 S.C.R. 338.
[3] [1937] S.C.R. 294.

telles affaires être appliquée en considérant les faits de l'une comme déterminant le résultat dans une autre, quelle que soit la similitude qui puisse exister entre les faits.

Dans l'arrêt récent de *Finlay c. Auld*[2], cette Cour a étudié l'application de la règle *res ipsa loquitur* aux causes de faute médicale et a de nouveau adopté les termes dans lesquels Sir Lyman Duff l'avait énoncée dans *United Motors Service, Inc. c. Hutson et al.*[3], à la p. 297:

> [TRADUCTION] Il doit y avoir une preuve raisonnable de négligence. Mais lorsque la chose est prouvée être sous la direction du défendeur ou de ses mandataires, et que l'accident en est un qui dans le cours ordinaire des choses ne se produit pas si ceux qui assument la direction font preuve de la diligence voulue, il constitue une preuve raisonnable, en l'absence d'une explication du défendeur, que l'accident découle d'un manque de diligence.

Sir Lyman, cependant, avait ajouté la restriction suivante:

> [TRADUCTION] En thèse générale, lorsque le défendeur donne une explication qui est compatible de façon égale avec la négligence et l'absence de négligence, le fardeau de prouver qu'il y a eu négligence demeure encore à la charge du demandeur.

Dans l'arrêt *Auld*, la Cour continue en disant:

> [TRADUCTION] Cette interprétation de la règle est en accord avec l'arrêt rendu par la Chambre des Lords dans l'affaire *Woods v. Duncan* [1946] A.C. 401, p. 419, mentionnée dans le jugement de la Division d'appel, arrêt où le Vicomte Simon a signalé que même quand la règle s'applique le défendeur ne doit pas être tenu responsable pour le motif qu'il n'a pas pu prouver exactement comment l'accident s'était produit.

En l'espèce ni l'appelante ni aucun des distingués médecins appelés au procès n'ont pu expliquer exactement comment la bicilline avait pénétré dans l'artère circonflexe. Un des médecins a décrit l'événement comme une mésaventure et le Dr Scott a déclaré que si Mme Wilcox avait donné l'injection comme elle a dit qu'elle l'a fait et à l'endroit où le Dr Miller a trouvé la marque, [TRADUCTION] «ce qui est arrivé par la

[2] [1975] 1 R.C.S. 338.
[3] [1937] R.C.S. 294.

Mr. Cavan's misfortune. I don't see that she had done anything wrong, anything for which she could be blamed."

These medical opinions bring to mind what was said by Taschereau J. in *Cardin v. La Cité de Montréal*[4], at p. 658, although the passage to be quoted was not strictly necessary to the determination of the issue in that case:

[TRANSLATION] Certainly, doctors should not be held responsible for unforeseeable accidents which may occur in the normal course of the exercise of their profession. Cases necessarily occur in which, in spite of exercising the greatest caution, accidents supervene and for which nobody can be held responsible. The doctor is not a guarantor of the operation which he performs or the attention he gives. If he displays normal knowledge, if he gives the medical care which a competent doctor would give under identical conditions, if he prepares his patient before operation according to the rules of the art, it is difficult to sue him in damages, if by chance an accident occurs. Perfection is a standard required by law no more for a doctor than for other professional men, lawyers, engineers, architects, etc. Accidents, imponderables, what is foreseeable and what is not, must necessarily be taken into account.

In my view the evidence of the appellant, supported by that of the doctors who examined the patient on the 9th of January and explained by the Chief of the Division of Cardiovascular Surgery at the Montreal General Hospital, afforded an explanation consistent with no negligence on the part of the appellant.

For all these reasons, I would allow this appeal, set aside the order of the Appeal Division and restore the judgment of the learned trial judge dismissing the respondent's action against Cheryl Wilcox.

The appellant is entitled to her costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

[4] [1961] S.C.R. 655.

suite est tragique puisque M. Cavan a été la malheureuse victime. Je ne vois pas qu'elle ait fait quelque chose de mal, quelque chose dont elle pourrait être blâmée.»

Ces opinions médicales nous font penser à ce qu'a dit le juge Taschereau dans l'arrêt *Cardin c. La Cité de Montréal*[4], à la p. 658, bien que le passage cité ci-après ne fût pas strictement nécessaire pour décider la question en litige dans cet arrêt-là:

Certainement, les médecins ne doivent pas être tenus responsables d'accidents imprévisibles qui peuvent se produire dans le cours normal de l'exercice de leur profession. Il arrive nécessairement des cas où, malgré l'exercice de la plus grande vigilance, des accidents surviennent et dont personne ne doit être tenu responsable. Le médecin n'est pas un garant de l'opération qu'il fait ou des soins qu'il procure. S'il déploie une science normale, s'il donne les soins médicaux que donnerait un médecin compétent dans des conditions identiques, s'il prépare son patient avant l'intervention suivant les règles de l'art, il sera difficilement recherché en dommages, si par hasard un accident se produit. Pas plus pour le médecin que pour les autres professionnels, avocats, ingénieurs, architectes, etc., le standard de perfection est l'exigence de la loi. Il faut nécessairement tenir compte des accidents, des impondérables, de tout ce qui est prévisible et de tout ce qui ne l'est pas.

A mon avis le témoignage de l'appelante, appuyé par ceux des médecins qui ont examiné le patient le 9 janvier et expliqué par le chef du service de chirurgie cardio-vasculaire de l'Hôpital Général de Montréal, fournit une explication compatible avec une absence de négligence de la part de l'appelante.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel et de rétablir le jugement du savant juge de première instance rejetant l'action de l'intimé contre Cheryl Wilcox.

L'appelante a droit à ses dépens en toutes les cours.

*Appel accueilli avec dépens.*

[4] [1961] R.C.S. 655.

*Solicitors for the appellant: Palmer, O'Connell, Leger, Turnbull & Turnbull, Saint John.*

*Solicitors for the respondent: Clark, Drummie & Company, Saint John.*

*Procureurs de l'appelante: Palmer, O'Connell, Leger, Turnbull & Turnbull, St-Jean (N-B).*

*Procureurs de l'intimé: Clark, Drummie & Company, St-Jean (N-B).*

**B.G. Linton Construction Ltd.** *(Plaintiff) Appellant*;

and

**Canadian National Railway Company** *(Defendant) Respondent.*

1974: March 5; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

*Telegraphs—Telegraph message arriving late and in wrong form—Resulting damages—Usual telegram form with terms and conditions endorsed thereon not used—Exemption from liability provision applicable—General Orders 162, 49274, T-40 and M-1 of Board of Transport Commissioners—Railway Act, R.S.C. 1952, c. 234, s. 381A [en. 1966-67 (Can.), c. 69, s. 68].*

Tenders called by the Department of Public Works for the construction of a bridge were required to be made either by letter in writing or a telegram delivered to the Department in Vancouver. Telex messages were unacceptable and tenders were to close whether by way of original bid or alteration thereof by 11:00 a.m. Vancouver time on April 10, 1969. The appellant, who had entered a bid, obtained a revised price for the steel on the evening of April 9th which enabled him to reduce his bid by $27,000 and, undoubtedly, if this bid had been received by the Department before 11:00 a.m. on April 10th, the contract would have been awarded to the appellant.

What in fact occurred was that the president of the appellant company dispatched a telegram at the respondent's office in Fort Nelson, B.C., containing his revised bid with instructions that it should be sent to Vancouver on a rush basis. The telegram was made out on the appellant's notepaper and the usual telegram form (on the reverse side of which were endorsed exemptions from liability) was not used. Owing to admitted negligence on the part of the respondent's servants, the appellant's message (which was sent and received in telex form) did not arrive until one hour after the close of tenders so that the contract was awarded elsewhere. An action for damages was then brought by the appellant. The respond-

**B.G. Linton Construction Ltd.** *(Demanderesse) Appelante*;

et

**La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada** *(Défenderesse) Intimée.*

1974: le 5 mars; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

*Télégraphes—Télégramme livré en retard et sur formule inhabituelle—Dommages encourus—La formule ordinaire de télégramme au verso de laquelle sont énoncées les conditions n'a pas été utilisée—Application de la clause d'exemption de responsabilité—Ordonnances générales Nos 162, 49274, T-40 et M-1 de la Commission des transports du Canada—Loi des chemins de fer, S.R.C. 1952, c. 234, art. 381A [ed. 1966-67 (Can.) c. 69, art. 68].*

L'appel d'offres fait par le ministère des Travaux publics pour la construction d'un pont exigeait que les soumissions soient faites par lettre ou par télégramme et remises au Ministère à Vancouver. Les messages par télex étaient inacceptables et les soumissions originelles ou modifiées devaient lui parvenir au plus tard le 10 avril 1969 à 11 heures, heure de Vancouver. L'appelante, qui avait fait une soumission, a obtenu un prix revisé pour l'acier dans la soirée du 9 avril, lequel lui permettait de réduire son offre de $27,000 et, sans aucun doute, si cette soumission revisée avait été reçue par le Ministère avant 11 heures du matin le 10 avril, le contrat aurait été adjugé à l'appelante.

Or, le président de la compagnie appelante a envoyé, à la station de l'intimée à Fort Nelson, C.-B., un télégramme contenant sa soumission revisée, et il a demandé que ce télégramme soit envoyé à Vancouver par expédition urgente. Le télégramme était rédigé sur le papier à lettre de l'appelante et la formule ordinaire de télégramme (au verso de laquelle sont énoncées les clauses d'exemption de responsabilité) n'a pas été utilisée. A cause de la négligence des employés de la défenderesse, le message de l'appelante (qui a été envoyé et reçu par télex) est arrivé au moins une heure après la clôture des soumissions, de sorte que le contrat a été adjugé à un autre. Une action en dommages-intérêts a alors été intentée par

ent invoked the provisions of certain orders of the then Board of Railway Commissioners, enacted under the authority of what is now s. 322 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, as relieving it of all liability for the delay in transmission. The action was dismissed at trial, and, on appeal, the judgment of the trial judge was affirmed by the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta. An appeal to this Court followed.

*Held* (Laskin C.J., Spence, Dickson and Beetz JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ.: The words "the sender of the message on the face of this form and this Company" as they occur in Order 162 of the Board of Railway Commissioners designate the parties to an agreement which becomes binding upon any person who sends a message on a form upon the reverse side of which certain "terms and conditions" are printed, but these words of themselves cannot be described as either "terms" or "conditions" and it was clear from the wording of Order 49274 of the Board that it was not the "form" referred to in Order 162 which was given the force of law as part of the *Railway Act* upon due publication in the *Canada Gazette*, but rather the "terms and conditions" contained on the reverse side thereof, and these "terms and conditions" thus became a part of the law of Canada whether endorsed on the reverse side of the form used by the sender or not.

The present case was one of negligent performance of a contract and not one constituting a "fundamental breach of the contract" which no exemption clause could excuse. Although in cases of ambiguity an exemption clause is to be strictly construed against the party relying on it, it is nevertheless to be given full force and effect if the language in which it is drafted is sufficiently clear to leave no doubt as to its meaning.

*Per* Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ., *dissenting*: What the Board of Railway Commissioners did by Order 49274 was to prescribe conditions and those conditions were that the sender of a telegram and the telegraph company should agree in a certain manner. It is a proper inference that that agreement should be communicated to the sender by reference to the form setting out the terms and conditions. Order 49274 and in the same fashion Order T-40 of the Canadian Transport Board (in place of Order 162 of the Board of Railway Commissioners,

l'appelante. L'intimée a invoquée les dispositions de certaines ordonnances de la Commission des chemins de fer du Canada d'alors, édictées, en vertu de ce qui est maintenant l'art. 322 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, qui d'après elle la dégageaient de toute responsabilité pour le retard dans la transmission. L'action a été rejetée en première instance, et, en appel, le jugement du juge de première instance a été confirmé par la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta. Un pourvoi a alors été interjeté devant cette Cour.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Beetz étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Les* juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré: Les mots «la Compagnie et l'expéditeur de la dépêche écrite au verso», tels qu'on les trouve dans l'ordonnance 162 de la Commission des chemins de fer du Canada, désignent les parties à un accord qui liera toute personne qui envoie un message sur une formule au verso de laquelle sont imprimées certaines «conditions», mais ces mots ne peuvent eux-mêmes être considérés comme des «conditions» et il ressort clairement du libellé de l'ordonnance 49274 que ce n'était pas la «formule» mentionnée dans l'ordonnance 162 qui recevait force de loi, sur publication dans la Gazette du Canada, mais plutôt les conditions contenues au verso, et que ces «conditions» devenaient par conséquent incorporées au droit canadien qu'elles fussent ou non écrites à l'envers de la formule utilisée par l'expéditeur.

Dans l'espèce présente il n'est question que d'exécution négligente d'un contrat et non de «violation fondamentale du contrat» qu'aucune clause d'exonération ne peut excuser. Même si en cas d'ambiguïté une clause d'exonération doit être interprétée strictement contre la partie qui l'invoque, elle doit néanmoins recevoir son plein effet si ses termes sont suffisamment clairs pour qu'il n'y ait aucun doute quant à son sens.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Beetz, *dissidents*: La Commission des chemins de fer du Canada, par l'ordonnance 49274, prescrivait des conditions selon lesquelles l'expéditeur du télégramme et la compagnie de télégraphe devaient s'entendre d'une certaine manière, et on est fondé à en déduire que l'entente devait être portée à la connaissance de l'expéditeur par référence aux conditions portées sur la formule. L'ordonnance 49274 et, de la même façon, l'ordonnance T-40 de la Commission canadienne des transports (au lieu de l'ordonnance

now rescinded) should be interpreted to leave free of the limitation a sender who has attended the telegraph company's office and who has not been notified and is unaware of any limitations on the ordinary common law rights he would have as against the telegraph company.

Furthermore, there was a complete failure to carry out the contract on the part of the respondent. The doctrine of fundamental breach, or a breach going to the root of the contract, would apply and therefore the respondent was unable to avail itself of the exempting provisions appearing in the Order of the Board and set out on the reverse side of the form, if the latter had been used.

[*Jankelson v. Canadian National Telegraphs*, [1931] 1 W.W.R. 337, distinguished; *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 2 All E.R. 866, referred to; *Suisse Atlantique Société D'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1966] 2 All E.R. 61, applied.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division[1], dismissing an appeal from a judgment of Lieberman J. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ. dissenting.

*A. G. Macdonald, Q.C.*, and *J. D. Jenkins*, for the plaintiff, appellant.

*C. J. Irwin*, for the defendant, respondent.

Beetz J. concurred with the judgment delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—I agree with my brother Spence both in his reasons and in his conclusions, but I wish to add some observations of my own on a ground, one of those taken by my brother Spence, which in my view is of itself sufficient to establish the respondent's liability. The comedy of errors of the respondent's employees in handling a simple telegram message is admitted in the agreed statement of facts, but all of them are alleged to be of no consequence because of the exemptions from liability endorsed upon the usual telegram forms, pursuant to prescribed orders of the fed-

[1] [1972] 3 W.W.R. 321, 24 D.L.R. (3d) 410.

162 de la Commission des chemins de fer du Canada qui a été révoquée) devraient être interprétées comme laissant libre de cette limitation un expéditeur qui s'est présenté au bureau de la compagnie de télégraphe et qui n'a pas été informé ni mis au courant de limitations quelconques des droits ordinaires de common law qu'il aurait à l'encontre de la compagnie de télégraphe.

De plus, l'intimée a complètement failli à l'exécution du contrat. La théorie de la violation fondamentale, ou ce qui serait plus juste d'une violation touchant la racine même du contrat, s'applique, et par conséquent l'intimée ne peut se prévaloir des dispositions d'exemption figurant dans l'ordonnance de la Commission et inscrites au verso de la formule de dépêche, si celle-ci avait été utilisée.

[Distinction faite avec l'arrêt: *Jankelson v. Canadian National Telegraphs*, [1931] 1 W.W.R. 337; arrêt mentionné: *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*, [1956] 2 All E.R. 866; arrêt appliqué: *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1966] 2 All E.R. 61.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta[1], rejetant un appel interjeté à l'encontre d'un jugement du juge Lieberman. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Beetz étant dissidents.

*A. G. Macdonald, c.r.*, et *J. D. Jenkins*, pour la demanderesse, appelante.

*C. J. Irwin*, pour la défenderesse, intimée.

Le juge Beetz a souscrit aux motifs du jugement rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Bien que souscrivant à la fois aux motifs et aux conclusions de mon collègue le juge Spence, je désire ajouter quelques observations personnelles sur un motif qui, parmi ceux qu'a retenus mon collègue, suffit en lui-même, à mon avis, à établir la responsabilité de l'intimée. Il a été reconnu, dans l'exposé conjoint des faits, que les employés de l'intimée avaient commis toute une série d'erreurs lors de l'acheminement d'un simple télégramme; cependant, allègue-t-on, toutes ces erreurs sont sans conséquence du fait des exemptions de responsabilité inscrites sur

[1] [1972] 3 W.W.R. 321, 24 D.L.R. (3d) 410.

eral regulatory agencies successively authorized to regulate telegram traffic.

In fact, the message which the appellant wished to send was not put on one of those forms when submitted to the respondent's employee for transmission. Assuming this to be immaterial to the force of the exemption provisions, the respondent's claim to exoneration fails because it did not send a telegram (which would be delivered as a sealed message) but sent an open telex message which was received in that form and could not therefore be accepted as a tender for a government construction job on which the appellant was bidding. This was so far a departure from what the respondent (through its employees) had undertaken to do as to disentitle it to rely on the exemption provisions.

Counsel for the respondent, in argument before this Court on this aspect of the case, conceded that his reliance on the exemption clause would take him to the point of denying any liability even if a sender's message, written out on an authorized form, was deliberately destroyed or thrown aside by an employee of the respondent. The sending of the telex message in this case had, for the sender, the same effect as if it had been torn up or simply ignored. I repeat, for convenience here, the exemption clause upon which the respondent relies. It reads as follows:

> It is agreed between the sender of the message on the face of this form and this Company that the said Company shall not be liable for damages arising from failure to transmit or deliver, or for any error in the transmission or delivery of any unrepeated telegram, whether happening from negligence of its servants or otherwise, or for delays from interruptions in the working of its lines, for errors in cypher or obscure messages, or for errors from illegible writing, beyond the amount received for sending the same.

les formules ordinaires de télégrammes, conformément aux ordonnances des agences fédérales de contrôle successivement autorisées à réglementer les communications par télégramme.

En fait, le message que désirait expédier l'appelante n'a pas été porté sur l'une de ces formules lorsqu'il a été présenté à l'employé de l'intimée pour être transmis. Supposant que cela soit sans importance en regard de l'application des dispositions d'exemption, le moyen d'exonération soulevé par l'intimée ne tient pas car elle n'a pas envoyé un télégramme (qui aurait été livré sous pli cacheté) mais un message télex qui a été reçu ouvert et qui ne pouvait par conséquent pas être accepté comme soumission pour un contrat de construction gouvernemental à l'égard duquel l'appelante faisait une offre. Cela dérogeait tant aux engagements de l'intimée (pris par l'intermédiaire de ses employés) que ça la privait du droit d'invoquer les dispositions d'exemption.

L'avocat de l'intimée, dans l'exposé qu'il a fait devant nous sur cet aspect de l'affaire, a admis que se fonder sur la clause d'exemption conduit logiquement à rejeter toute responsabilité même dans le cas où un message d'un expéditeur, écrit sur une formule officielle, est délibérément détruit ou jeté au panier par un employé de l'intimée. L'envoi du message télex en l'espèce avait, pour l'expéditeur, le même effet que s'il avait été déchiré ou tout simplement laissé de côté. Pour plus de commodité, je vais répéter la clause d'exemption sur laquelle se fonde l'intimée; la voici:

> [TRADUCTION] Il est convenu entre la Compagnie et l'expéditeur de la dépêche écrite au verso que ladite Compagnie n'encourra aucune responsabilité au delà du montant perçu pour la transmission de ladite dépêche, à l'égard de tous dommages pouvant résulter du défaut de transmission ou de livraison, ou d'une erreur dans la transmission ou la livraison de toute dépêche non répétée, que ces dommages soient imputables à la négligence des employés de ladite Compagnie ou autrement, ou à des retards causés par une interruption dans le fonctionnement de ses lignes, ou à toute erreur dans des dépêches chiffrées ou de sens obscur, ou à toute erreur due à une écriture illisible.

Two points arise for consideration on the facts of this case, taken in the light of the foregoing clause: first, whether as a matter of law or of construction the exemption clause applies to the admitted default of the respondent that occurred; and, second, if the answer is in the negative (as I think it must be), whether the situation is affected by the fact that the exemption clause in question is a promulgation of the federal regulatory agency empowered to prescribe it. I propose to deal with the second question first and, as a base, I point out that the clause aforesaid was promulgated in virtue of the authority vested in the Board of Transport Commissioners of Canada, as the regulatory agency was then called (it is now the Canadian Transport Commission), under s. 348 of the *Railway Act*, R.S.C. 1927, c. 170, which is now, with an immaterial change, s. 322 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2. This last-mentioned provision reads as follows:

**322.** (1) No contract, condition, by-law, regulation, declaration or notice made or given by the company, impairing, restricting or limiting its liability in respect of any traffic shall, except as hereinafter provided, relieve the company from such liability, unless the class of contract, condition, by-law, regulation, declaration or notice has been first authorized or approved by order or regulation of the Commission.

(2) The Commission may, in any case, or by regulation, determine the extent to which the liability of the company may be so impaired, restricted or limited.

(3) The Commission may by regulation prescribe the terms and conditions under which any traffic may be carried by the company.

I find nothing in s. 322 that in any way excludes the operation of judicial rules of construction or principles of law in the determination of the question whether the respondent herein may rely on the exemption clause. Section 322(3) (in the same words as its predecessor s. 348(3)) envisages that traffic will be car-

D'après les faits de l'espèce, considérés à la lumière de cette clause, deux points méritent d'être étudiés: premièrement, qu'il s'agisse d'une question de droit ou d'interprétation, est-ce que la clause d'exemption s'applique à la faute reconnue de l'intimée; et, deuxièmement, si la réponse est négative (et, à mon avis, elle doit l'être) est-ce que la situation est modifiée du fait que la clause d'exemption en question a été promulguée par une agence fédérale de contrôle ayant le pouvoir de l'édicter? Je me propose de répondre tout d'abord à la deuxième question et, comme point de départ, je souligne que la clause précitée a été promulguée en vertu des pouvoirs que conférait à la Commission des transports du Canada, tel était alors le titre de l'agence à l'époque (elle est aujourd'hui appelée la Commission canadienne des transports), l'art. 348 de la *Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1927, c. 170, dont la version actuelle, modifiée d'une façon qui ne porte pas à conséquence, se trouve à l'art. 322 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2. Cette dernière disposition se lit comme suit:

**322.** (1) Les contrats conclus, conditions et règlements établis, déclarations faites et avis donnés par la compagnie lorsqu'ils atténuent, restreignent ou limitent sa responsabilité relativement à tout trafic, ne doivent, sauf dans les cas ci-après prévus, décharger la compagnie de cette responsabilité, à moins que la catégorie à laquelle appartiennent ces contrats, conditions, règlements, déclarations ou avis, n'ait été préalablement autorisée ou approuvée par une ordonnance ou un règlement de la Commission.

(2) La Commission peut, dans tous les cas, ou par règlement, déterminer dans quelle mesure la responsabilité de la compagnie peut être ainsi atténuée, restreinte ou limitée.

(3) La Commission peut, par règlement, prescrire les modalités selon lesquelles tout transport peut être effectué par la compagnie.

A mon avis, rien dans l'art. 322 n'exclut, de quelque façon, l'application de règles judiciaires d'interprétation ou de principes juridiques dans la détermination de la question de savoir si l'intimée en l'espèce peut se fonder sur la clause d'exemption. L'article 322, par. (3) (utilisant les mêmes termes que son prédécesseur l'art. 348,

ried, that telegrams will be transmitted; and, indeed, as a common carrier, the respondent is obliged in the course of its business to accept telegram messages for transmission to their intended recipients. It is to me a rather monstrous proposition, if it is seriously advanced, that Parliament in its legislation authorized total immunity from liability to be conferred upon a carrier which, under its cover, could decide when and if it would send a requested telegram.

I would not read the words in s. 322(1) "impairing, restricting or limiting its liability" as authorizing complete immunity of the kind I am considering, and, subject to what follows in these reasons, I do not regard any orders of the regulatory agency as giving *carte blanche* to a carrier to take or refuse or to ignore messages tendered for transmission. Their orders are no more immune from construction than are bilaterally bargained contract terms.

The main question then is what is the scope of the exculpatory provision relied on by the respondent. We have here a standard contract, a contract of adhesion from which the appellant is powerless to depart and which, at least so far as the particular exempting provision is concerned, is equally binding upon the respondent. I do not think that these circumstances provide any good reason to qualify the rule of strict construction which has ordinarily been applied to exculpatory provisions. This is one side of the equation which must be considered when an issue arises whether upon a breach of contract the offending party is none the less entitled to rely upon an exemption clause. The other side has to do with the character of the breach, whether it is a breach which would ordinarily give rise only to damages, or a breach which is a breach of a term entitling the innocent party to terminate or (assuming there is a difference here) whether it is a breach which is in essence a complete denial or departure from the contract. A decision on this phase of the matter is in truth non-segregable from the exercise of determining

par. (3)) prévoit qu'un transport sera effectué, que des télégrammes seront transmis; et, même, en tant que transporteur public, l'intimée est obligée, dans le cadre de ses activités, d'accepter des télégrammes et de les transmettre à leurs destinataires. Il me paraîtrait plutôt monstrueux, si tant est qu'on le prétende sérieusement, que le Parlement ait, par sa législation, autorisé l'irresponsabilité totale d'un transporteur qui, sous son couvert, pourrait décider s'il va expédier le télégramme demandé et quand il va le faire.

Je ne lis pas les mots du par. (1) de l'art. 322, «atténuent, restreignent ou limitent sa responsabilité», comme autorisant une immunité totale du genre que j'évoque, et, sous réserve de la suite des présents motifs, je ne considère pas que des ordonnances de l'agence de contrôle donnent carte blanche à un transporteur pour accepter, refuser ou ignorer les messages qu'on lui demande de transmettre. Leurs ordonnances ne sont pas plus exemptes d'interprétation que ne le sont les termes de contrats conclus entre deux parties.

La principale question alors est celle de la portée de la disposition justificative sur laquelle se fonde l'intimée. Nous avons ici un contrat-type, un contrat d'adhésion auquel ne peut déroger l'appelante et qui, du moins en ce qui concerne la disposition d'exemption particulière, lie également l'intimée. Je ne pense pas que les circonstances soient suffisantes pour atténuer la règle d'interprétation stricte que l'on a habituellement appliquée aux dispositions justificatives. Ceci est un côté de l'équation qu'il faut considérer quand survient le problème de savoir si celui qui a violé un contrat quelconque est néanmoins habilité à se retrancher derrière une clause d'exemption. L'autre côté concerne la nature de la violation; s'agit-il d'une violation qui ne donnerait habituellement droit qu'à des dommages-intérêts, ou d'une violation de l'une des clauses du contrat qui donne à la partie qui n'est pas en faute le droit de mettre fin à celui-ci ou, encore, (à supposer qu'il y ait une différence) d'une violation qui par son essence constitue une négation totale du contrat ou une dérogation totale au contrat? Une décision sur ce volet de

the reach of the exculpatory provision. It has, however, spawned a line of cases in England under which a fundamental breach is, as a matter of law, a ground for excluding the application of exemption clauses: see, for example, *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*[2]. This emphasis on the character of the breach was negated by the House of Lords in *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*[3], which emphasized rather the construction side of the equation.

The interaction of the foregoing two approaches makes it possible to say of an exculpatory clause, construed to cover the event which is relied upon to escape it, that it prevents that event from being a breach of contract. The ultimate situation that arises here is a complete negation of any obligation which the transaction may have appeared to contemplate, but that is a result which, in my view, can hardly be reached where the parties have not been trifling and did have reciprocal obligations in view. *A fortiori*, it is not a result which is open in this case where the terms of the transaction have been prescribed under statutory authorization. There must be a residue of obligation that is not cancelled out by concurrent exemption; otherwise, it is illusory to speak of a contract: *cf.* Treitel, *Law of Contract*, 3rd ed., 1970, pp. 188ff.

In the present case, the respondent through its employees undertook to send a telegram. None was sent, nor was there even an attempt to send one which was aborted by difficulties of one sort or another. The situation goes beyond mere negligence on the part of the respondent's employees. There is, moreover, no ground in the agreed statement of facts upon which it might be urged that the appellant was content to have a message sent in any form or manner chosen by the respondent's employees. It was of the

[2] [1956] 2 All E.R. 866.
[3] [1966] 2 All E.R. 61.

la question ne peut en vérité être dissociée de l'acte qui consiste à déterminer l'étendue de la disposition justificative. Il a, toutefois, engendré en Angleterre toute une série d'arrêts qui ont jugé qu'une violation fondamentale du contrat est, en droit, un motif suffisant pour refuser d'appliquer des clauses d'exemption: voir, par exemple, l'affaire *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*[2]. La Chambre des Lords a toutefois refusé de donner autant d'importance à la nature de la violation dans l'affaire *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*[3], pour insister plutôt sur l'aspect interprétation de l'équation.

L'interaction de ces deux approches rend possible de dire d'une clause justificative, interprétée de manière à couvrir l'événement sur lequel on se fonde pour y échapper, qu'elle empêche de faire de cet événement une violation de contrat. La situation finale qui en résulte est la négation complète de toute obligation que le marché peut avoir paru envisager, mais c'est là un résultat qui, à mon avis, peut difficilement être atteint lorsque les parties ont agi sérieusement et ont envisagé des obligations réciproques. *A fortiori*, ce n'est pas un résultat que l'on peut faire valoir en l'espèce car les conditions du marché ont été prescrites en vertu d'une autorisation législative. Doit subsister un reste d'obligation que n'annule pas l'exemption concurrente; autrement, il serait illusoire de parler d'un contrat: *cf.* Treitel, *Law of Contract*, 3e éd., 1970, pp. 188 et suiv.

En l'espèce, l'intimée, par l'intermédiaire de ses employés, s'est engagée à envoyer un télégramme. Or, aucun télégramme n'a été envoyé; il n'y a même pas eu de tentative d'en expédier un qui n'ait avorté par suite de difficultés quelconques. Les employés de l'intimée ont dépassé la simple négligence. En outre, rien dans l'exposé conjoint des faits ne permet d'alléguer que l'appelante était indifférente à la forme de message que choisiraient les employés de l'intimée. Il était pour elle de la plus haute importance

[2] [1956] 2 All E.R. 866.
[3] [1966] 2 All E.R. 61.

highest importance to the appellant that a telegram be sent. In these circumstances, I find the exemption provision inapplicable, and hence I would allow the appeal as proposed by my brother Spence.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, Smith C.J.A. dissenting, which affirmed the judgment rendered at trial by Mr. Justice Lieberman and dismissed the appellant's claim for damages resulting from the alleged negligence of the respondent in delaying the delivery of a telegram containing the appellant's reduced tender for the construction of a bridge on the Alaska Highway.

The facts are not in dispute and have been made the subject of an agreed statement by the parties which discloses that the Department of Public Works had called for tenders on the construction of the bridge in question which were required to be made either by letter in writing or a telegram delivered to the Department in Vancouver. Telex messages were unacceptable and tenders were to close whether by way of original bid or alteration thereof by 11 o'clock Vancouver time on April 10, 1969. It further appears that the appellant, who had entered a bid, obtained a revised price for the steel on the evening of April 9th which enabled him to reduce his bid by $27,000 and there seems no doubt that if this bid had been received by the Department before 11:00 a.m. on April 10th, the contract would have been awarded to the appellant.

What in fact occurred was that Mr. Linton, the president of the appellant company, dispatched a telegram at the respondent's office in Fort Nelson, B.C., containing his revised bid with instructions that it should be sent to Vancouver on a rush basis, and owing to admitted negligence on the part of the defendant's servants, the message did not arrive until one hour

d'envoyer un télégramme. Dans ces circonstances, j'estime que la disposition d'exemption est inapplicable, et j'accueillerais par conséquent l'appel comme le propose mon collègue Spence.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un appel à l'encontre d'un arrêt par lequel la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, sur dissidence de M. le juge en chef Smith, a confirmé le jugement de première instance de M. le juge Lieberman et rejeté la demande en dommages-intérêts de l'appelante fondée sur la négligence dont l'intimée aurait fait preuve en livrant en retard un télégramme contenant l'offre réduite de l'appelante relative à la construction d'un pont sur la route de l'Alaska.

Les faits ne sont pas contestés et ils ont fait l'objet d'un exposé conjoint des parties lequel révèle que le Ministère des Travaux publics avait fait un appel d'offres pour la construction du pont en question et avait exigé que les soumissions soient faites par lettre ou par télégramme et remises au Ministère à Vancouver. Les messages par télex étaient inacceptables et les soumissions originelles ou modifiées devaient lui parvenir au plus tard le 10 avril 1969 à 11 heures, heure de Vancouver. L'exposé révèle en outre que l'appelante, qui avait fait une soumission, a obtenu un prix revisé pour l'acier dans la soirée du 9 avril, lequel lui permettait de réduire son offre de $27,000, et il semble n'y avoir aucun doute que si cette soumission revisée avait été reçue par le Ministère avant 11 heures du matin le 10 avril, le contrat aurait été adjugé à l'appelante.

Or, M. Linton, le président de la compagnie appelante, a envoyé, à la station de l'intimée à Fort Nelson, C.-B., un télégramme contenant sa soumission revisée, et il a demandé que ce télégramme soit envoyé à Vancouver par expédition urgente; à cause de la négligence des employés de la défenderesse, laquelle a été reconnue, le message est arrivé au moins une heure après la

after the close of tenders so that the contract was awarded elsewhere.

It is of significance that the appellant's telegram was made out on his company's notepaper and that the usual form ordinarily filled in by persons sending telegrams was not used.

The facts are fully set forth in the judgment of the Appellate Division, which is now reported[4], and I accordingly feel relieved of the necessity of recounting them in more detail.

The respondent invoked the provisions of certain orders of the Railway Commissioners for Canada as relieving it of all liability for the delay in transmission and it becomes necessary to consider the relevant orders. In the first place, Order No. 162 of March 30, 1916, which is reproduced at pp. 420 and 421 of 24 D.L.R. (3d), contained the following opening paragraphs:

IT IS ORDERED that the conditions of the telegraph forms used by telegraph companies subject to the jurisdiction of the Board on which messages to be transmitted are to be written, be, and they are hereby, approved as follows, namely:

> It is agreed between the sender of the message on the face of this form and this Company that said Company shall not be liable for damages arising from failure to transmit or deliver, or for any error in the transmission or delivery of any unrepeated telegram, whether happening from negligence of its servants or otherwise, or for delays from interruptions in the working of its lines, for errors in cypher or obscure messages, or for errors from illegible writing, beyond the amount received for sending the same.

This order was undoubtedly made in furtherance of the authority for which provision is made in s. 381A of the *Railway Act*, as enacted by 1966-67 (Can.), c. 69, s. 68, which was in force at all times relevant to this appeal and

[4] 24 D.L.R. (3d) 410, [1972] 3 W.W.R. 321.

clôture des soumissions, de sorte que le contrat a été adjugé à un autre.

Il est important de noter que le télégramme de l'appelante était rédigé sur son propre papier à lettres et que la formule habituelle généralement remplie par ceux qui envoient des télégrammes n'a pas été utilisée.

Les faits sont pleinement exposés dans l'arrêt de la Division d'appel, qui est publié[4], et par conséquent j'estime qu'il ne m'est pas nécessaire de les relater plus en détail.

L'intimée a invoqué les dispositions de certaines ordonnances de la Commission des chemins de fer du Canada, qui d'après elle la dégageaient de toute responsabilité pour le retard dans la transmission, et il est donc nécessaire d'examiner les ordonnances pertinentes. En premier lieu, l'ordonnance No 162 du 30 mars 1916, qui est reproduite aux pp. 420 et 421 de 24 D.L.R. (3d) commence par les alinéas suivants:

[TRADUCTION] IL EST PAR LES PRÉSENTES ORDONNÉ que les conditions des formules sur lesquelles doivent être écrites les dépêches à transmettre, utilisées par les compagnies de télégraphe relevant de la Commission, soient approuvées, et ces conditions sont approuvées comme suit, à savoir:

> Il est convenu entre la Compagnie et l'expéditeur de la dépêche écrite au verso que ladite Compagnie n'encourra aucune responsbilité au delà du montant perçu pour la transmission de ladite dépêche, à l'égard de tous dommages pouvant résulter du défaut de transmission ou de livraison, ou d'une erreur dans la transmission ou la livraison de toute dépêche non répétée, que ces dommages soient imputables à la négligence des employés de ladite Compagnie ou autrement, ou à des retards causés par une interruption dans le fonctionnement de ses lignes, ou à toute erreur dans des dépêches chiffrées ou de sens obscur, ou à toute erreur due à écriture illisible.

Il ne fait pas de doute que cette ordonnance a été rendue en application des pouvoirs dont il est fait mention dans l'art. 381A de la *Loi sur les chemins de fer*, édicté par 1966-67 (Can.), c. 69, art. 68, lequel a été en vigueur à toutes les

[4] 24 D.L.R. (3d) 410, [1972] 3 W.W.R. 321.

which is now s. 322 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2. That section reads as follows:

381A. (1) No contract, condition, by-law, regulation, declaration or notice made or given by the company, impairing, restricting or limiting its liability in respect of any traffic shall, except as hereinafter provided, relieve the company from such liability, unless the class of contract, condition, by-law, regulation, declaration or notice has been first authorized or approved by order or regulation of the Commission.

(2) The Commission may, in any case, or by regulation, determine the extent to which the liability of the company may be so impaired, restricted or limited.

(3) The Commission may by regulation prescribe the terms and conditions under which any traffic may be carried by the company.

I agree with the view expressed by Allen J.A. in the reasons for judgment delivered on behalf of the majority of the Appellate Division that Order 162 was of the type contemplated in s. 381A (1).

As Mr. Justice Allen has pointed out, the case of *Jankelson v. Canadian National Telegraphs* was decided in 1931[5] and the effect of that case was to hold that a message conveyed to the company by telephone and written on one of its approved forms by its employee was not subject to the conditions approved under Order 162 because the sender of the message had no knowledge of the conditions and should therefore not be bound by them, and it was noted that Order 162 came under subs. (2) of what is now s. 381A and "does not prescribe the limitations but only determines what limitations the Company may make . . .".

Following this decision, the Board of Railway Commissioners for Canada promulgated Order No. 49274 on December 2, 1932, the operative part of which reads as follows:

[5] [1931] 1 W.W.R. 337, [1931] 2 D.L.R. 86, 25 Alta. L.R. 230.

époques pertinentes et est maintenant l'art. 322 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2. Cet article se lit comme suit:

381A. (1) Les contrats conclus, conditions et règlements établis, déclarations faites et avis donnés par la Compagnie lorsqu'ils atténuent, restreignent ou limitent sa responsabilité relativement à tout trafic, ne doivent, sauf dans les cas ci-après prévus, décharger la Compagnie de cette responsabilité, à moins que la catégorie à laquelle appartiennent ces contrats, conditions, règlements, déclarations ou avis, n'ait été préalablement autorisée ou approuvée par une ordonnance ou un règlement de la Commission.

(2) La Commission peut, dans tous les cas, ou par règlement, déterminer dans quelle mesure la responsabilité de la compagnie peut être ainsi atténuée, restreinte ou limitée.

(3) La Commission peut, par règlement, prescrire les modalités selon lesquelles tout transport peut être effectué par la compagnie.

Je souscris à l'avis exprimé par M. le juge d'appel Allen dans les motifs de jugement rédigés au nom de la majorité de la Division d'appel, selon lequel l'ordonnance 162 était du type visée par l'art. 381A.(1).

Comme le note M. le juge Allen, l'affaire *Jankelson v. Canadian National Telegraphs* a été jugée en 1931[5] et l'arrêt rendu a eu pour effet de décider qu'un message communiqué à la compagnie par téléphone et écrit par un préposé de la compagnie sur une de ses formules approuvées n'était pas assujetti aux conditions approuvées aux termes de l'ordonnance 162 parce que l'expéditeur du message n'avait aucune connaissance des conditions et ne devait par conséquent pas être lié par elles, et l'arrêt a souligné que l'ordonnance 162 se rattachait au par. (2) de ce qui est maintenant l'art. 381A et [TRADUCTION] «ne prescrit pas de limitations mais détermine seulement les limitations que peut faire la compagnie . . .».

A la suite de cette décision, la Commission des chemins de fer du Canada a promulgué l'ordonnance No 49274 le 2 décembre 1932, ordonnance dont le dispositif se lit comme suit:

[5] [1931] 1 W.W.R. 337, [1931] 2 D.L.R. 86, 25 Alta. L.R. 230.

IT IS ORDERED that the terms and conditions approved by the Board under its General Order No. 162, dated March 30th, 1916, be, and they are hereby *prescribed as the terms and conditions upon which telegraph and cable messages shall be transmitted and dealt with by Telegraph and Cable Companies* subject to the jurisdiction of the Board; and that the said General Order No. 162, including the said terms and conditions, and this Order, be published for three weeks in The Canada Gazette.

The italics are my own.

The last provision of this Order was obviously passed in order to conform with what was then s. 50 of the *Railway Act* R.S.C. 1927, c. 170 (now s. 62 of the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17). This section provided that:

> Any rule, regulation, order or decision of the Board, when published by the Board, or by leave of the Board, for three weeks in the *Canada Gazette*, and while the same remains in force, has the like effect as if enacted in this Act, and all courts shall take judicial notice thereof.

The provisions of this section had not been complied with in respect of Order 162 and it was not until the promulgation of Order 49274 that both Orders were duly published in the *Canada Gazette* with the effect that they thereafter had the force of law as if they had been enacted in the *Railway Act* itself. As to the latter Order, I agree with Mr. Justice Allen where, speaking on behalf of the majority of the Appellate Division, he said, at 24 D.L.R. (3d) 427:

> Order 49274 is obviously made under s-s (3) of said s. 381A in the exercise of the Board's authority to prescribe the terms and conditions under which any traffic might be carried by the companies.

On February 1, 1965, a General Order was made by the Board of Transport Commissioners for Canada numbered T-40. The text of this Order makes no reference whatever to General

[TRADUCTION] IL EST PAR LES PRÉSENTES ORDONNÉ que les conditions approuvées par la Commission aux termes de son ordonnance générale No 162 en date du 30 mars 1916 soient *prescrites comme étant les conditions auxquelles et suivant lesquelles les compagnies de câble et de télégraphe relevant de la Commission transmettront et aborderont les dépêches télégraphiques et par câble*; et que, en outre, ladite ordonnance No 162, y inclus lesdites conditions, ainsi que la présente ordonnance, soient publiées pendant trois semaines dans la Gazette du Canada.

J'ai mis des mots en italique.

La disposition finale de cette ordonnance a été de toute évidence adoptée afin de se conformer avec ce qui était alors l'art. 50 de la *Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1927, c. 170 (maintenant l'art. 62 de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17). Cet article prévoyait que:

> Les règles, règlements, ordonnances ou décisions de la Commission, après publication durant trois semaines dans la Gazette du Canada, sur ordre ou permis de la Commission, ont le même effet, tant qu'ils sont en vigueur, que s'ils avaient été édictés par la présente loi, et tous les tribunaux doivent en reconnaître l'authenticité juridique.

Les dispositions de cet article n'avaient pas été observées relativement à l'ordonnance 162 et ce n'est que lors de la promulgation de l'ordonnance 49274 que les deux ordonnances ont été dûment publiées dans la Gazette du Canada, ce qui a eu pour effet qu'elles ont ensuite eu force de loi comme si elles avaient été édictées dans la *Loi des chemins de fer* elle-même. Relativement à l'ordonnance 49274, je suis d'accord avec M. le juge Allen lorsqu'il dit, au nom de la majorité de la Division d'appel, à 24 D.L.R. (3d) p. 427:

> [TRADUCTION] L'ordonnance 49274 est de toute évidence faite en vertu du par. (3) dudit art. 381A en application du pouvoir de la Commission de prescrire les modalités selon lesquelles tout transport peut être effectué par les compagnies.

Le 1er février 1965, une ordonnance générale a été faite par la Commission des transports du Canada, sous le numéro T-40. Le texte de cette ordonnance ne mentionne aucunement l'ordon-

Order 162 or Order 49274, and I agree with the Appellate Division that:

It is . . . obviously intended to be made under s-s. (3) of s. 381A because it purports to prescribe, not the form or terms of contracts to be used, but rather the "terms and conditions upon which telegraph and cable messages shall be transmitted and dealt with by telegraph and cable companies".

(See 24 D.L.R. (3d) at p. 430.)

The terms and conditions prescribed by this Order are in the identical wording which was employed in Order 162, and while it may have been intended to rescind or supersede both the former Orders, it does not expressly do so and it is noteworthy that it has never been published in the *Canada Gazette* as provided by s. 50 of the *Railway Act*.

On February 5, 1965, General Order M-1 was promulgated by the Board of Transport Commissioners for Canada and this Order purported to constitute a "revision and consolidation of all the Board's General Orders and circular letters issued since the Board's inception up to the date of this Order". This Order specifically rescinded Order 162 but adopted the terms and conditions contained in that Order. Like Order No. T-40, this Order was never published in the *Canada Gazette*.

In commenting on the situation created by reason of these various Orders, the learned trial judge observed, in part: (see p. 432 of 24 D.L.R. (3d)):

"In my view General Orders M-1 and T-40 did nothing more than substitute General Order T-40 for General Order 162 and the change effected to Order 49274 was simply a change whereby it (Order 49274) referred to General Order T-40 rather than to the rescinded General Order 162."

And Mr. Justice Lieberman continued:

"However, Order 49274, which was properly promulgated and published, did prescribe the terms and

nance générale 162 ou l'ordonnance 49274, et je partage l'avis de la Division d'appel selon lequel:

[TRADUCTION] Elle . . . se veut de toute évidence avoir été faite en vertu du par. (3) de l'art. 381A car elle est censée prescrire non pas la forme ou les conditions des contrats à utiliser, mais plutôt les «conditions auxquelles et suivant lesquelles les compagnies de câble et de télégraphe relevant de la Commission transmettront et aborderont les dépêches télégraphiques et par câble.»

(Voir 24 D.L.R. (3d) à la p. 430.)

Les conditions prescrites par cette ordonnance sont libellées de façon identique à l'ordonnance 162, et bien qu'elle puisse avoir eu pour objet de révoquer ou remplacer les deux anciennes ordonnances, elle ne le fait pas expressément et il est bon de noter qu'elle n'a jamais été publiée dans la Gazette du Canada comme prévu par l'art. 50 de la *Loi des chemins de fer*.

Le 5 février 1965, l'ordonnance générale M-1 a été promulguée par la Commission des transports du Canada et cette ordonnance était censée être [TRADUCTION] «une révision et codification de toutes les ordonnances générales et lettres circulaires de la Commission depuis sa création jusqu'à ce jour». Cette ordonnance révoque spécifiquement l'ordonnance 162 mais adopte les conditions contenues dans cette ordonnance-là. Comme l'ordonnance No T-40, cette ordonnance n'a jamais été publiée dans la Gazette du Canada.

En commentant la situation créée du fait de ces diverses ordonnances, le savant juge de première instance a fait observer, en partie: (voir p. 432 de 24 D.L.R. (3d)):

[TRADUCTION] «A mon avis les ordonnances générales M-1 et T-40 n'ont fait rien d'autre que substituer l'ordonnance générale T-40 à l'ordonnance générale 162 et le changement apporté à l'ordonnance 49274 a simplement eu pour effet que l'ordonnance 49274 renvoie à l'ordonnance générale T-40 plutôt qu'à l'ordonnance générale 162 révoquée.»

Et M. le juge Lieberman a continué:

«Cependant, l'ordonnance 49274, qui a été régulièrement promulguée et publiée, prescrivait, elle, les con-

conditions. I am of the opinion that it was not necessary to publish General Orders M-1 and T-40 in order to give the limitation of liability "the like effect as if enacted" in the *Railway Act* because Order 49274 was effective at all times material to this action."

In the same connection, Mr. Justice Allen observed, in the course of his reasons for judgment (p. 432 of 24 D.L.R. (3d)):

> Considering the wording of para. 4 of General Order M-1 and the fact that Order 49274 was not rescinded by Order M-1 I agree with the reasoning of the trial Judge in the passage from his judgment quoted above, and accordingly assume that Order 49274 remained in effect at relevant times in this case but that its reference to the terms and conditions prescribed or set out in General Order 162 must now be taken to refer to the terms and conditions set out in Order T-40 which are identical with those set out in Order 162.

The argument advanced on behalf of the appellant hinges on the construction to be placed upon the first paragraph of Order 162 and particularly upon the inclusion in Order 49274 and Order T-40 of the opening words of that paragraph which read:

> It is agreed between the *sender of the message on the face of this form* and this Company that said Company shall not be liable for damages arising from failure to transmit or deliver, or for any error in the transmission or delivery of . . .

The italics are my own.

The appellant construes this language to mean that the terms and conditions in question can only be effective if they are set out in full on the reverse side of the form on which the message is to be transmitted and it is accordingly contended that where, as in this case, the message was written on the appellant's own notepaper with nothing on the reverse side of it, the respondent cannot rely on any of the limitations of liability prescribed in Order 49274.

In my view the words "the sender of the message on the face of this form and this Company" as they occur in Order 162 designate the

ditions. Je suis d'avis qu'il n'était pas nécessaire de publier les ordonnances générales M-1 et T-40 pour donner à la limitation de responsabilité «le même effet . . . que s'ils avaient été édictés» dans la *Loi des chemins de fer* car l'ordonnance 49274 a été en vigueur à toutes les époques pertinentes en l'espèce.»

Sous le même rapport, M. le juge Allen a fait remarquer, dans ses motifs de jugement (p. 432 de 24 D.L.R. (3d)):

> [TRADUCTION] Considérant le libellé du par. 4 de l'ordonnance générale M-1 et le fait que l'ordonnance 49274 n'a pas été révoquée par l'ordonnance M-1, je souscris au raisonnement du juge de première instance exposé dans le passage précité de son jugement, et en conséquence je considère que l'ordonnance 49274 est demeurée en vigueur à toutes les époques pertinentes en l'espèce mais que son renvoi aux conditions prescrites ou exposées dans l'ordonnance générale 162 doit maintenant être considéré comme un renvoi aux conditions exposées dans l'ordonnance T-40, lesquelles sont identiques à celles exposées dans l'ordonnance 162.

L'argument qu'on a fait valoir au nom de l'appelante repose sur l'interprétation à donner au premier alinéa de l'ordonnance 162 et particulièrement à l'inclusion, dans l'ordonnance 49274 et l'ordonnance T-40, des premiers mots de cet alinéa:

> [TRADUCTION] Il est convenu entre la Compagnie et l'*expéditeur de la dépêche écrite au verso* que ladite Compagnie n'encourra aucune responsabilité . . . à l'égard de tous dommages pouvant résulter du défaut de transmission ou de livraison, ou d'une erreur dans la transmission ou la livraison de . . .

J'ai mis des mots en italique.

L'appelante interprète ces termes comme voulant dire que les conditions ne peuvent avoir d'effet que si elles sont exposées sur le côté opposé de la formule du message à transmettre et elle prétend donc que lorsque, comme c'est le cas ici, le message est écrit sur le papier à lettres de la compagnie appelante avec rien au verso, l'intimée ne peut invoquer aucune des limitations de responsabilité prescrites dans l'ordonnance 49274.

A mon avis les mots «la Compagnie et l'expéditeur de la dépêche écrite au verso», tels qu'on les trouve dans l'ordonnance 162, désignent les

parties to an agreement which becomes binding upon any person who sends a message on a form upon the reverse side of which certain "terms and conditions" are printed, but these words of themselves cannot be described as either "terms" or "conditions" and it is clear from the wording of Order 49274 that it was not the "form" referred to in Order 162 which was given the force of law as part of the *Railway Act* upon due publication in the *Canada Gazette*, but rather the "terms and conditions" contained on the reverse side thereof, and these "terms and conditions" thus became a part of the law of Canada whether endorsed on the reverse side of the form used by the sender or not.

It is not disputed that the telegram in question was an "unrepeated telegram" and it follows from the above that the respondent was relieved

> . . . for damages arising from failure to transmit or deliver, or for any error in the transmission or delivery of any unrepeated telegram, whether happening from negligence of its servants or otherwise, or for delays from interruptions in the working of its lines . . .

For all these reasons, as well as for those set forth in the reasons for judgment of Mr. Justice Allen, I would dismiss this appeal with costs.

Since writing the above I have had the opportunity of reading the reasons for judgment prepared for delivery by the Chief Justice and Mr. Justice Spence, both of whom appear to take the view that the delay in delivering the "telegraph message" here in question and its ultimate delivery in telex form, which the company's agent at Fort Nelson had been told was unacceptable to the addressee, constituted a "fundamental breach of the contract" which no exemption clause could excuse.

The Chief Justice, in referring to the exemption clause contained in the relevant Order of the Commission, observes:

parties à un accord qui liera toute personne qui envoie un message sur une formule au verso de laquelle sont imprimées certaines «conditions», mais ces mots ne peuvent par eux-mêmes être considérés comme des «conditions» et il ressort clairement du libellé de l'ordonnance 49274 ce n'était pas la «formule» mentionnée dans l'ordonnance 162 qui recevait force de loi, sur publication dans la *Gazette du Canada*, comme si elle faisait partie de la *Loi des chemins de fer*, mais plutôt les «conditions» contenues au verso, et que ces «conditions» devenaient par conséquent incorporées au droit canadien qu'elles fussent ou non écrites à l'envers de la formule utilisée par l'expéditeur.

Il n'est pas contesté que la dépêche en question était une «dépêche non répétée» et il découle de ce qui précède que l'intimée se trouvait dégagée

> . . . de tous dommages pouvant résulter du défaut de transmission ou de livraison, ou d'une erreur dans la transmission ou de livraison, de toute dépêche non répétée, que ces dommages soient imputables à la négligence des employés de ladite Compagnie ou autrement, ou à des retards causés par une interruption dans le fonctionnement de ses lignes . . .

Pour toutes ces raisons, de même que pour celles exposées dans les motifs de jugement de M. le juge Allen, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Depuis que j'ai rédigé les motifs qui précèdent, j'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement prêts à être déposés qu'ont rédigés M. le Juge en chef et M. le juge Spence, qui tous deux semblent être d'avis que le retard dans la livraison de la «dépêche télégraphique» dont il s'agit en l'espèce, de même que sa livraison sous forme de message télex, forme qui avait été signalée à l'agent de la compagnie à Fort Nelson comme inacceptable pour le destinataire, ont constitué une «violation fondamentale du contrat» qu'aucune clause d'exonération ne peut excuser.

M. le Juge en chef, parlant de la clause d'exonération contenue dans l'ordonnance pertinente de la Commission, fait la remarque suivante:

It is to me a rather monstrous proposition, if it is seriously advanced, that Parliament in its legislation authorized total immunity from liability to be conferred upon a carrier which, under its cover, could decide when and if it would send a requested telegram.

I think I should say that I am unable to construe the agreed statement of facts as affording any basis for advancing such a proposition and no such construction has in any way contributed to the conclusion which I have reached.

My understanding of the facts as disclosed by the statement is that the delay in the delivery of the message and the mistake in delivering it in telex form were due to negligence on the part of the respondent's servants. A telegraph message was dispatched and through negligence it arrived an hour late and in the wrong form.

There is, in my view, a wide difference between negligent performance of a contract and fundamental breach. Cases such as *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*[6], where the defendant had agreed to purchase a car which was in excellent condition and was delivered one which was virtually a wreck, exemplify the kind of situation in which a breach going to the root of the contract may exclude reliance on an exemption clause. Under such circumstances it can be said that the contract has not been performed at all whereas the present case is one of negligent performance.

The case of *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*[7] is one of many authorities indicating that although in cases of ambiguity an exemption clause is to be strictly construed against the party relying on it, it is nevertheless to be given full force and effect if the language in which it is drafted is sufficiently clear to leave no doubt as to its meaning.

[6] [1956] 2 All E.R. 866.
[7] [1966] 2 All E.R. 61.

Il me paraîtrait plutôt monstrueux, si tant est qu'on le prétende sérieusement, que le Parlement ait, par sa législation, autorisé l'irresponsabilité totale d'un transporteur qui, sous son couvert, pourrait décider s'il va expédier le télégramme demandé et quand il va le faire.

Je crois devoir dire que je suis incapable d'interpréter l'exposé conjoint des faits comme offrant une base quelconque à une proposition semblable et aucune interprétation semblable n'a contribué à me faire tirer la conclusion à laquelle je suis arrivé.

Ce qui ressort des faits révélés par l'exposé, ainsi que je les comprends, c'est que le retard dans la livraison du message, et l'erreur en le livrant sous forme de message télex, sont imputables à la négligence des préposés de l'intimée. Un télégramme a été expédié et par négligence il est arrivé une heure en retard et sous une forme autre que la forme requise.

Il existe, à mon avis, une différence importante entre l'exécution négligente d'un contrat et la violation fondamentale. Des arrêts tels que *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*[6], où il était question d'un défendeur qui avait convenu de l'achat d'une voiture en excellente condition et à qui on avait livré une voiture qui était à toutes fins pratiques inutilisable, illustrent le genre de situation dans laquelle une violation qui va à la racine du contrat peut exclure le droit d'invoquer une clause d'exonération. Dans de telles circonstances, on peut dire qu'il y a eu absence complète d'exécution du contrat, tandis que dans l'espèce présente il n'est question que d'exécution négligente.

L'arrêt *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*[7] est une autorité parmi tant d'autres qui indique que même si en cas d'ambiguïté une clause d'exonération doit être interprétée strictement contre la partie qui l'invoque, elle doit néanmoins recevoir son plein effet si ses termes sont suffisamment clairs pour qu'il n'y ait aucun doute quant à son sens.

[6] [1956] 2 All E.R. 866.
[7] [1966] 2 All E.R. 61.

Clauses providing for exemption for negligence in the performance of a contract are not rare and the terms and conditions which Order 49274 of the Board of Transport Commissioners prescribes for the transmission of "telegraph messages" by telegraph companies appear to me to be unambiguous in this regard. By the first of these terms it is stipulated that

> . . . the said Company shall not be liable for damages arising from failure to transmit or deliver, or for any error in the transmission or delivery of any unrepeated telegram, whether happening from negligence of its servants or otherwise . . .

It does not appear to me that this phraseology is capable of any other meaning than that one of the terms on which the company accepts "telegraph messages" is that it will not be responsible for damages arising from the negligence of its servants if the message is in the form of an "unrepeated telegram" as it was in this case. In my view if there were any doubt as to what was meant, it is resolved by reference to the provisions of the succeeding term of the conditions adopted by the Board's Order. That term reads:

> To guard against error, the Company will repeat back any telegram for an extra payment of one-half the regular rate; and, in that case, the Company shall be liable for damages suffered by the sender to an extent not exceeding $200.00, due to the negligence of the Company in the transmission or delivery of the telegram.

This must, in my view, mean that the company is not liable for damages due to negligence in the transmission of a telegram unless it is dispatched after the making of an extra payment of one-half of the regular rate, and the intention of the Board is made even more explicit by the next term of the conditions which provides that "correctness in the transmission and delivery of the message can be ensured by contract in writing . . .".

Les clauses qui prévoient une exemption pour la négligence dans l'exécution d'un contrat ne sont pas rares et les conditions que prescrit l'ordonnance 49274 de la Commission des transports relativement à la transmission de «dépêches télégraphiques» par des compagnies de télégraphe me semblent dénuées d'ambiguïté à cet égard. La première de ces conditions stipule que

> . . . ladite Compagnie n'encourra aucune responsabilité . . . à l'égard de tous dommages pouvant résulter du défaut de transmission ou de livraison, ou d'une erreur dans la transmission ou la livraison de toute dépêche non répétée, que ces dommages soient imputables à la négligence des employés de ladite Compagnie ou autrement . . .

Il ne me paraît pas que ce libellé soit susceptible d'avoir d'autre sens que celui de prévoir que l'une des conditions auxquelles la compagnie accepte les «dépêches télégraphiques» est qu'elle ne sera pas responsable des dommages imputables à la négligence de ses employés si la dépêche est une «dépêche non répétée» comme c'est le cas ici. A mon avis, s'il y avait un doute quelconque quant à sa signification, il est dissipé par les dispositions de la stipulation qui vient après dans les conditions adoptées par l'ordonnance de la Commission. Cette stipulation se lit:

> [TRADUCTION] Pour éviter tout risque d'erreur, la Compagnie répétera toute dépêche moyennant un versement supplémentaire de la moitié du tarif régulier, et dans ce cas, la responsabilité de la Compagnie vis-à-vis de l'expéditeur sera limitée à $200 à l'égard de tous dommages dus à la négligence de la Compagnie dans la transmission ou la livraison de la dépêche.

Cela doit, à mon avis, vouloir dire que la compagnie n'est pas responsable des dommages imputables à la négligence dans la transmission d'une dépêche à moins que celle-ci ne soit expédiée moyennant un versement supplémentaire de la moitié du tarif régulier, et l'intention de la Commission est rendue encore plus explicite par la stipulation suivante des conditions, qui prévoit que [TRADUCTION] «on peut s'assurer contre tout risque d'erreur dans la transmission et la livraison des dépêches, au moyen d'un contrat écrit . . .».

As I have indicated, in my opinion, the terms and conditions to which I have referred expressly exempt the defendant company from liability for any damages which the plaintiff may have suffered arising from error in the transmission and delivery of the telegraph message which Mr. Linton handed to the defendant's employee at Fort Nelson on April 10, 1969.

Dickson and Beetz JJ. concurred with the judgment delivered by

SPENCE J. [*dissenting*]—This is an appeal from the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta pronounced on February 21, 1972. By that judgment, the said Appellate Division dismissed without costs an appeal from the judgment of Lieberman J. pronounced on June 15, 1971, wherein the learned trial judge dismissed the action of the appellant with costs.

The action was tried without evidence and upon the basis of a very detailed agreed statement of facts. That statement of facts includes not only an outline of all of the circumstances surrounding the cause of action but of the relevant orders of the Board of Transport Commissioners and its predecessor Board. It is therefore appropriate to quote in full the agreed statement of facts which I take from the reasons for judgment of Allen J.A. in the Appellate Division:

1. The Plaintiff is a company in good standing incorporated under the laws of Canada and engaged in the construction industry in Alberta, British Columbia and elsewhere.

2. The Defendant operates, inter alia, a telegraph company and had at the material time its western Regional Head Offices at Edmonton, Alberta.

3. Beecher Gifford Linton was, at all material times, the President of the Plaintiff and acting within the scope of his authority.

4. The Department of Public Works of Canada had called for tenders on a project known as The Jackfish

Comme je l'ai indiqué, à mon avis, les conditions dont j'ai fait mention exonèrent expressément la compagnie défenderesse de la responsabilité pour tous dommages que la demanderesse peut avoir subis par suite d'une erreur dans la transmission ou la livraison de la dépêche télégraphique que M. Linton a remise à l'employé de la défenderesse à Fort Nelson le 10 avril 1969.

Les juges Dickson et Beetz souscrivent au jugement rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—Le pourvoi est à l'encontre de l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta prononcée le 21 février 1972. Aux termes de cet arrêt, ladite Division d'appel a rejeté, sans dépens, l'appel du jugement du juge Lieberman prononcé le 15 juin 1971 dans lequel le savant juge de première instance rejetait l'action de l'appelante avec dépens.

La cause a été jugée sans preuve et d'après un exposé conjoint des faits très détaillé. Cet exposé comprend non seulement une description de toutes les circonstances ayant fait naître l'action mais aussi toutes les ordonnances pertinentes de la Commission des transports et de la Commission qu'elle avait remplacée. Il convient, par conséquent, de citer intégralement l'exposé conjoint des faits que j'extrais des motifs de jugement de M. le juge Allen en Division d'appel:

[TRADUCTION] 1. Compagnie dont les affaires sont en règle, la demanderesse a été constituée en corporation conformément aux lois du Canada et s'adonne à l'industrie de la construction dans les provinces de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et ailleurs.

2. La défenderesse exploite, en autres, une compagnie de télégraphe dont le principal établissement pour les régions de l'Ouest se trouvait, au moment pertinent, à Edmonton (Alberta).

3. Beecher Gifford Linton était, à chacun des moments pertinents, président de la demanderesse et agissait dans le cadre de ses pouvoirs.

4. Le ministère fédéral des Travaux publics a lancé des appels d'offres pour un projet connu sous le nom

Creek Bridge at a place on the Alaska Highway. Tenders were required to be made and alterations thereto were required to be made under the instructions to bidders either by a letter in writing or a telegram delivered to the Department of Public Works in Vancouver and telex messages were unacceptable. The Plaintiff had delivered a tender with bid deposit in accordance with the instructions to bidders some four days before tenders were to close. Had the Plaintiff been the low bidder, it would have been awarded the contract for the project.

5. Tenders were to close at 11:00 a.m., Vancouver time, on April 10th, 1969.

6. On the evening of April 9th, 1969, the Plaintiff received a revised price for steel which was $27,000.00 lower than the amount calculated for steel in the Plaintiff's tender.

7. As a result, Beecher G. Linton went to the telegraph office of the Defendant at Fort Nelson, British Columbia, at 9:30 a.m. on the morning tenders were to close which was 2½ hours before the closing time because of the time difference between Fort Nelson and Vancouver.

8. Mr. Linton handed the following message to an employee of the Defendant:

Supervisor of Tendering
Dept. of Public Works
Pacific Pallisades
747 Bute St.,
Vancouver 5, B.C.

Tender for: Project #95003, April 10/69 11 a.m. Jackfish Creek Bridge, Mile 278.2 Alaska Highway, B.C.

Please reduce our bid by Twenty-Seven Thousand Dollars ($27,000.00)

Revised lower bid due to new quotation on item number 12

B.G. Linton Construction Limited

The message was on the letterhead of the Plaintiff. Mr. Linton explained that because of Department of Public Works instructions to bidders the message could not be sent by telex and that a telegram would have to be delivered to the addressee before 11:00 a.m. Vancouver time. There was some discussion about the way the message was set up with the heading separated from the body of the message. Mr. Linton stated that the identification in the first paragraph following the address was also required under the instructions to bidders.

de Jackfish Creek Bridge en un point de la route de l'Alaska. Les soumissions et leurs modifications éventuelles devaient être présentées, d'après les directives, par lettre ou par télégramme remis au ministère des Travaux publics à Vancouver et non par message télex. La demanderesse avait adressé, quatre jours environ avant la date-limite de réception, une soumission accompagnée d'un dépôt conformément aux directives. Si la demanderesse avait été le plus bas soumissionnaire, elle aurait obtenu le contrat d'exécution du projet.

5. La date-limite de réception des soumissions était fixée au 10 avril 1969 à 11 heures du matin, heure de Vancouver.

6. Le soir du 9 avril 1969, la demanderesse a reçu un prix revisé, pour l'acier, de $27,000 inférieur au montant qu'elle avait calculé dans sa soumission.

7. A la suite de quoi Beecher G. Linton s'est rendu au service télégraphique de la défenderesse, à Fort Nelson (Colombie-Britannique), à 9 h 30 le matin de la clôture des soumissions, soit précisément 2 heures et demie avant l'heure-limite de clôture, si l'on tient compte du décalage horaire existant entre Fort Nelson et Vancouver.

8. M. Linton a remis le message suivant à un employé de la défenderesse:

[TRADUCTION]—Le responsable des soumissions
Ministère des Travaux publics
Pacific Pallisades
747, rue Bute
Vancouver 5 (C.-B.)

Soumission concernant le projet n° 95003, 10 avril 1969, 11 heures du matin, Jackfish Creek Bridge, point milliaire 278.2, route de l'Alaska (C.-B.)

Veuillez réduire notre offre de vingt-sept mille dollars ($27,000)

Offre revisée et réduite par suite d'une modification des prix inscrits au poste n° 12

B.G. Linton Construction Limited

Le message était tapé sur le papier à lettre à en-tête de la demanderesse. M. Linton expliqua que, par suite des directives qu'ils avaient reçues du ministère des Travaux publics, les soumissionnaires ne pouvaient envoyer le message par télex et qu'il fallait qu'un télégramme soit remis au destinataire avant 11 heures du matin, heure de Vancouver. Il y eut une discussion sur la présentation du message, l'intitulé étant séparé du corps du message. M. Linton déclara que l'identification, au premier paragraphe suivant l'adresse, était également requise par les directives qu'avaient reçues les soumissionnaires.

9. It was agreed that the message would be sent in the form submitted and it was sent out from the Fort Nelson office at 9:52 a.m.

10. The operator told Mr. Linton that the message would be delivered by telegram on time and in reliance thereon Mr. Linton did not call on one of the Plaintiff's Vancouver employees to deliver a written change of tender which he could have done.

11. The message was accepted for sending without being placed on the usual telegram form ordinarily filled in by persons desiring to engage the Defendant to send telegrams. The usual form contains a limitation of liability in the following terms:

> Terms and conditions upon which telegraph and cable messages shall be transmitted are prescribed by Order No. 49274, dated December 5th, 1932, of the Board of Transport Commissioners for Canada and published in The Canada Gazette.
>
> It is agreed between the sender of the message on the face of this form and this Company that said Company shall not be liable for damages arising from failure to transmit or deliver, or for any error in the transmission or delivery of any unrepeated telegram, whether happening from negligence of its servants or otherwise, or for delays from interruptions in the working of its lines, for errors in cipher or obscure messages, or for errors from illegible writing, beyond the amount received for sending the same.
>
> To guard against errors, the Company will repeat back any telegram for an extra payment of one-half the regular rate; and, in that case, the Company shall be liable for damages suffered by the sender to an extent not exceeding $200.00, due to the negligence of the Company in the transmission or delivery of the telegram.
>
> Correctness in the transmission and delivery of messages can be insured by contract in writing, stating agreed amount of risk, and payment of premium thereon at the following rates, in addition to the usual charge for repeated messages, viz: one per cent for any distance not exceeding 1,000 miles, and two per cent for any greater distance.

9. Il fut convenu d'envoyer le message tel qu'il avait été présenté et ce message a, en fait, été expédié du bureau de Fort Nelson à 9 h 52 du matin.

10. L'opérateur déclara à M. Linton que le message serait remis à temps par télégramme, sur la foi de quoi M. Linton n'a pas appelé l'un des employés de la demanderesse à Vancouver, ce qu'il aurait pu faire, pour faire remettre par écrit les modifications apportées à la soumission.

11. Le message fut accepté pour expédition, sans être porté sur la formule habituelle de télégramme que remplissent les personnes désireuses d'obtenir de la défenderesse l'engagement d'envoyer leur télégramme. La formule habituelle contient la limitation de responsabilité suivante:

> Les termes et conditions suivant lesquels les télégrammes et câblogrammes doivent être transmis sont prescrits par l'ordonnance n° 49274 de la Commission des Transports du Canada portant la date du 5 décembre 1932 et publiée dans la Gazette du Canada.
>
> Il est convenu entre la Compagnie et l'expéditeur de la dépêche écrite au verso que ladite Compagnie n'encourra aucune responsabilité au delà du montant perçu pour la transmission de ladite dépêche, à l'égard de tous dommages pouvant résulter du défaut de transmission ou de livraison, ou d'une erreur dans la transmission ou la livraison de toute dépêche non répétée, que ces dommages soient imputables à la négligence des employés de ladite Compagnie ou autrement, ou à des retards causés par une interruption dans le fonctionnement de ses lignes, ou à toute erreur dans des dépêches chiffrées ou de sens obscur, ou à toute erreur due à une écriture illisible.
>
> Pour éviter tout risque d'erreur, la Compagnie répétera toute dépêche moyennant un versement supplémentaire de la moitié du tarif régulier, et dans ce cas, la responsabilité de la Compagnie vis-à-vis de l'expéditeur sera limitée à $200 à l'égard de tous dommages dus à la négligence de la Compagnie dans la transmission ou la livraison de la dépêche.
>
> On peut s'assurer contre tout risque d'erreur dans la transmission et la livraison des dépêches, au moyen d'un contrat écrit stipulant le montant de l'assurance, et sur paiement (en sus du taux ordinaire pour les dépêches répétées) d'une prime calculée sur la base suivante: soit, 1 p. 100 du montant assuré, pour toute distance n'excédant pas 1,000 milles, et 2 p. 100 pour toute distance plus grande.

This Company shall not be liable for the act or omission of any other Company, but will endeavour to forward the telegram by any other Telegraph Company necessary to reaching its destination, but only as the agent of the sender and without liability therefor. The Company shall not be responsible for messages until the same are presented and accepted at one of its transmitting offices, if a message is sent to such office by one of the Company's messengers, he acts for that purpose as the sender's agent; if by telephone, the person receiving the message acts therein as agent of the sender, being authorized to assent to these conditions for the sender. This Company shall not be liable in any case for damages, unless the same be claimed, in writing, within sixty days after receipt of the telegram for transmission.

No employee of the Company shall vary the foregoing.

Ladite Compagnie ne sera pas responsable du fait ou de l'omission d'une autre Compagnie mais s'efforcera de transmettre toute dépêche par toute Compagnie de télégraphe dont il faudra se servir afin de faire parvenir la dépêche à destination, mais la Compagnie n'agira en ce cas qu'en qualité d'agent de l'expéditeur et sans assumer de responsabilité. La Compagnie n'assumera de responsabilité qu'à l'égard des dépêches présentées et acceptées à l'un de ses bureaux d'expédition; lorsqu'une dépêche est expédiée à un tel bureau par un messager de la Compagnie, ce messager sera censé être l'agent de l'expéditeur; lorsqu'une dépêche est communiquée par téléphone, la personne qui la reçoit sera censée agir pour l'expéditeur et avoir l'autorité nécessaire pour consentir aux présentes en son nom. La Compagnie ne répondra d'aucuns dommages, à moins qu'avis ne lui en soit donné par écrit dans les 60 jours qui suivront la remise de la dépêche pour transmission.

Aucun employé de la Companie n'a le droit de changer les présentes conditions.

12. The employee of the Defendant agreed to send the message on a rush basis but did not mark the message with the symbol indicating a rush message which is "RX".

12. L'employé de la défenderesse a accepté d'expédier le message par expédition urgente; cependant, il n'y a pas inscrit le symbole «RX» qui est celui des messages urgents (*rush*).

13. The employee of the Defendant who sent the message miscounted the words. Consequently, when the message was received in Edmonton for transmission to Vancouver it was rejected. Such rejection acts as a check for the customer as well as for the Defendant, because, if the word count and words in the message received do not correspond, the customer's message may have been transmitted incorrectly.

13. L'employé de la défenderesse qui a envoyé le message a mal compté les mots. Par conséquent, lorsque le message a été reçu à Edmonton, pour être transmis à Vancouver, il a été rejeté. Ce rejet joue un rôle de contrôle pour le client comme pour la défenderesse car, si le compte de mots et le nombre de mots reçus ne correspondent pas, le message du client peut avoir été mal transmis.

14. The Edmonton office of the Defendant sent by teletype an inquiry to Fort Nelson. The Fort Nelson operator corrected the count after notifying the Fort Nelson office of the Plaintiff and again giving an assurance to an employee of the Plaintiff that the message would be sent on a rush basis and would be delivered on time in the manner instructed.

14. Le bureau de la défenderesse, à Edmonton, a envoyé par téléscripteur une demande de renseignements à Fort Nelson. L'opérateur de Fort Nelson a corrigé le compte après en avoir avisé le bureau de la demanderesse à Fort Nelson et aussi après avoir assuré à un employé de celle-ci que le message serait envoyé par expédition urgente et livré à temps, selon les directives reçues.

15. There were further delays in the transmission of the message and in the result the message was not received by the addressee until one hour after the close of tenders and then it was a telex message and not a telegram. The Defendant got in touch with the Department of Public Works in an attempt to have the tender considered but the Department of Public Works refused.

15. Il y a eu d'autres retards dans la transmission du message si bien que le destinataire ne l'a reçu qu'une heure après la date-limite de réception des soumissions; de plus, il fut reçu sous forme de message télex et non sous forme de télégramme. La défenderesse est entrée en communication avec le ministère des Travaux publics pour que la soumission puisse être prise en considération mais le Ministère a refusé.

16. The tender from another contractor was accepted, but had the telegram been delivered on time, the Plaintiff would have been the low bidder.

17. Mr. Linton learned soon after the closing of tenders that the revised tender of the Plaintiff had not been received by the Department of Public Works and went immediately to the office of the Defendant in Fort Nelson and lodged his complaint and indicated that action would be taken. The Superintendent of the Defendant conducted a comprehensive investigation and prepared a full report delivered the following day criticizing the procedure adopted by the employees of the Defendant and indicated that the Plaintiff should not be charged for the message. Such charge would have been $3.81.

18. Had the telegram been delivered on time, the contract would have been awarded to the Plaintiff and the Plaintiff claims to have suffered a loss of $160,000.00 as a result of the failure of the Defendant to deliver the telegram on time.

19. It is agreed that unless the limitation of liability is effective in the circumstances, the Defendant is liable to the Plaintiff for such loss and damage as may be established by the Plaintiff on an assessment of damages or agreed upon between the parties.

20. The parties have agreed that the applicability of the limitation of liability shall first be submitted for determination as a question of law.

21. In the Fort Nelson office of the Defendant there were no notices of a limitation of liability posted nor was any mention thereof made to the Plaintiff's employees.

22. Limitation of the liability of a Telegraph Company subject to the jurisdiction of the Canadian Transport Commission or either of its predecessors: The Board of Transport Commissioners of Canada and the Board of Railway Commissioners for Canada, has been one of the topics considered by those bodies through the years, and limitation of the liability of a Telegraph Company has been specifically dealt with in the following Order and General Orders:

(a) General Order of the Board of Railway Commissioners for Canada number 162 dated 30 March 1916 and found in Volume 6 of the Board of Railway Commissioners for Canada, Judgments, Orders, Regulations and Rulings at page 27, which General Order reads as follows:

16. On a accepté la soumission d'un autre entrepreneur mais si le télégramme avait été reçu à temps, la demanderesse aurait été le plus bas soumissionnaire.

17. M. Linton a appris, peu après la date-limite de réception des soumissions, que le ministère des Travaux publics n'avait pas reçu la soumission revisée de la demanderesse; il s'est alors immédiatement rendu au bureau de la défenderesse à Fort Nelson où il a déposé une plainte en indiquant que des mesures seraient prises. Le surintendant de la défenderesse a mené une large enquête et préparé un rapport complet qu'il a remis le lendemain où il critiquait la procédure adoptée par les employés de la défenderesse et indiquait que la demanderesse n'avait pas à payer les frais du message. Ces frais auraient été de $3.81.

18. Si le télégramme avait été livré à temps, la demanderesse aurait obtenu le contrat; c'est pourquoi elle prétend avoir subi une perte de $160,000 du fait que la défenderesse n'a pas livré le télégramme à temps.

19. Il est admis que, dans les circonstances, à moins que ne s'applique la limitation de responsabilité, la défenderesse est responsable envers la demanderesse de toute perte et dommage que peut établir celle-ci après évaluation ou entente entre les parties.

20. Les parties ont convenu de soumettre en premier lieu, comme question de droit, la question de l'applicabilité des clauses limitatives de responsabilité.

21. Dans le bureau de la défenderesse, à Fort Nelson, aucun avis de limitation de responsabilité n'était affiché, et aucune mention de limitation de responsabilité n'a été faite aux employés de la demanderesse.

22. La limitation de la responsabilité d'une companie de télégraphe relevant de la Commission canadienne des transports ou de l'un de ses prédécesseurs (la Commission des transports du Canada et la Commission des chemins de fer du Canada) a constitué, au cours des ans, l'un des sujets d'étude de ces organismes; et la limitation de la responsabilité d'une compagnie de télégraphe a été spécifiquement traitée dans l'ordonnance et les ordonnances générales suivantes:

a) L'ordonnance générale numéro 162 du 30 mars 1916 de la Commission des chemins de fer du Canada, page 27 du volume 6 des jugements, ordonnances, règlements et décisions de la Commission:

Thursday, the 30th day of March, A.D. 1916

SIR HENRY L. DRAYTON, K.C., Chief Commissioner.

D'ARCY SCOTT, Asst. Chief Commissioner.

HON. W. B. NANTEL, Deputy Chief Commissioner.

S. J. MCLEAN, Commissioner.

A. S. GOODEVE, Commissioner.

IN THE MATTER OF the application of the Canadian Pacific Railway Company for approval of the conditions on its telegraph forms:

AND IN THE MATTER OF the Order of the Board No. 12745, dated January 9th, 1911, temporarily approving the forms of contract used by the Canadian Pacific Railway Company's Telegraphs, the Great North Western Telegraph Company of Canada, the Canadian Northern Telegraphs Company, the North American Telegraph Company, the Western Union Telegraph Company, the Anglo-American Telegraph Company, the White Pass & Yukon Route, the Marconi Wireless Telegraph Company, and the Grand Trunk Telegraph Company, and other companies subject to the jurisdiction of the Board:

File No. 13622

UPON hearing the parties concerned at the sittings of the Board held in Ottawa on April 20th and November 15th, 1910, and considering what was submitted in writing (this matter having been allowed to remain in abeyance till the investigation into telegraph rates was concluded)—

IT IS ORDERED that the conditions of the telegraph forms used by telegraph companies subject to the jurisdiction of the Board on which messages to be transmitted are to be written, be, and they are hereby, approved as follows, namely:

"It is agreed between the sender of the message on the face of this form and this Company that said Company shall not be liable for damages arising from failure to transmit or deliver, or for any error in the transmission or delivery of any unrepeated telegram, whether happening from negligence of its servants or otherwise, or for delays from interruptions in the working of its lines, for errors in cypher or obscure messages, or for errors from illegible writing, beyond the amount received for sending the same.

[TRADUCTION] Jeudi 30 mars 1916

SIR HENRY L. DRAYTON, c.r., Commissaire en chef.

M. D'ARCY SCOTT, Commissaire en chef adjoint.

L'HONORABLE W. B. NANTEL, Commissaire en chef suppléant.

M. S. J. MCLEAN, Commissaire.

M. A. S. GOODEVE, Commissaire.

DANS L'AFFAIRE DE la demande de la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique visant l'approbation des conditions inscrites sur ses formules télégraphiques:

ET DANS L'AFFAIRE DE l'ordonnance de la Commission n° 12745, du 9 janvier 1911, approuvant provisoirement les formules de contrat utilisées par les services télégraphiques de la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique, et par ceux de Great North Western Telegraph Company of Canada, Canadian Northern Telegraphs Company, North American Telegraph Company, Western Union Telegraph Company, Anglo-American Telegraph Company, White Pass & Yukon Route, Marconi Wireless Telegraph Company, et Grand Trunk Telegraph Company, et d'autres compagnies relevant de la Commission:

Dossier n° 13622

SUR audition des parties concernées aux séances de la Commission qui se sont tenues à Ottawa le 20 avril et le 15 novembre 1910 et considérant ce qui a été présenté par écrit (l'affaire ayant été suspendue jusqu'au résultat de l'enquête sur les tarifs télégraphiques)

IL EST PAR LES PRÉSENTES ORDONNÉ que les conditions des formules sur lesquelles doivent être écrites les dépêches à transmettre, utilisées par les compagnies de télégraphe relevant de la Commission, soient approuvées, et ces conditions sont approuvées comme suit, à savoir:

«Il est convenu entre la Compagnie et l'expéditeur de la dépêche inscrite au verso que ladite Compagnie n'encourra aucune responsabilité au delà du montant perçu pour la transmission de ladite dépêche, à l'égard de tous dommages pouvant résulter du défaut de transmission ou de livraison, ou d'une erreur dans la transmission ou la livraison de toute dépêche non répétée, que ces dommages soient imputables à la négligence des employés de ladite Compagnie ou autrement, ou à des retards causés par une interruption dans le fonctionnement de ses lignes, ou à toute erreur dans des dépêches chiffrés ou de sens obscur, ou à toute erreur due à une écriture illisible.

To guard against errors, the Company will repeat back any telegram for an extra payment of one-half the regular rate; and, in that case, the Company shall be liable for damages suffered by the sender to an extent not exceeding $200.00, due to the negligence of the Company in the transmission or delivery of the telegram.

Correctness in the transmission and delivery of messages can be insured by contract in writing, stating agreed amount of risk, and payment of premium thereon at the following rates, in addition to the usual charge for repeated messages, viz: one per cent for any distance not exceeding 1000 miles, and two per cent for any greater distance.

This Company shall not be liable for the act or omission of any other Company, but will endeavor to forward the telegram by any other Telegraph Company necessary to reaching its destination, but only as the agent of the sender and without liability therefor. The Company shall not be responsible for messages until the same are presented and accepted at one of its transmitting offices; if a message is sent to such office by one of the Company's messengers, he acts for that purpose as the sender's agent; if by telephone, the person receiving the message acts therein as agent of the sender, being authorized to assent to these conditions for the sender. This Company shall not be liable in any case for damages, unless the same be claimed, in writing, within sixty days after receipt of the telegram for transmission.

No employee of the Company shall vary the foregoing."

(S'G'D.) H. L. DRAYTON,
Chief Commissioner,
Board of Railway Commissioners for Canada.

BOARD OF RAILWAY COMMISSIONERS FOR CANADA.

Examined and certified as a true copy under Section 23 of "The Railway Act".

(SGD) R. RICHARDSON,
Asst. Sec'y, and Registrar, B.R.C.

Pour éviter tout risque d'erreur, la Compagnie répétera toute dépêche moyennant un versement supplémentaire de la moitié du tarif régulier, et dans ce cas, la responsabilité de la Compagnie vis-à-vis de l'expéditeur sera limitée à $200 à l'égard de tous dommages dus à la négligence de la Compagnie dans la transmission ou la livraison de la dépêche.

On peut s'assurer contre tout risque d'erreur dans la transmission et la livraison des dépêches, au moyen d'un contrat écrit stipulant le montant de l'assurance, et sur paiement (en sus du taux ordinaire pour les dépêches répétées) d'une prime calculée sur la base suivante: soit, 1 p. 100 du montant assuré, pour toute distance n'exédant pas 1,000 milles, et 2 p. 100 pour toute distance plus grande.

Ladite Compagnie ne sera pas responsable du fait ou de l'omission d'une autre Compagnie mais s'efforcera de transmettre toute dépêche par toute Compagnie de télégraphe dont il faudra se servir afin de faire parvenir la dépêche à destination, mais la Compagnie n'agira en ce cas qu'en qualité d'agent de l'expéditeur et sans assumer de responsabilité. La Compagnie n'assumera de responsabilité qu'à l'égard des dépêches présentées et acceptées à l'un de ses bureaux d'expédition; lorsqu'une dépêche est expédiée à un tel bureau par un messager de la Compagnie, ce messager sera censé être l'agent de l'expéditeur; lorsqu'une dépêche est communiquée par téléphone, la personne qui la reçoit sera censée agir pour l'expéditeur et avoir l'autorité nécessaire pour consentir aux présentes en son nom. La Compagnie ne répondra d'aucuns dommages, à moins qu'avis ne lui en soit donné par écrit dans les 60 jours qui suivent la remise de la dépêche pour transmission.

Aucun employé de la Compagnie n'a le droit de changer les présentes conditions.»

(Signature) H. L. DRAYTON
Le Commissaire en chef
des chemins de fer
du Canada.

COMMISSION DES CHEMINS DE FER DU CANADA

Lu et certifié conforme en vertu de l'article 23 de la «Loi des chemins de fer».

(Signature) R. RICHARDSON.
Le secrétaire adjoint et registraire de la Commission des chemins de fer du Canada,

OTTAWA, Feb. 15, 1929.

(b) Order of the Board of Railway Commissioners for Canada number 49274 dated 5 December 1932 and found in Volume 22 of the Board of Railway Commissioners for Canada, Judgments, Orders, Regulations and Rulings at page 251, which Order reads as follows:

Monday, the 5th day of December, A.D. 1932.

HON. C. P. FULLERTON, K.C., Chief Commissioner.

S. J. MCLEAN, Asst. Chief Commissioner.

F. A. LABELLE, Deputy Chief Commissioner.

HON. T. C. NORRIS, Commissioner.

IN THE MATTER OF the General Order of the Board No. 162, dated March 30th, 1916 approving the conditions on the telegraph forms used by telegraph companies subject to the jurisdiction of the Board on which messages to be transmitted are to be written:

J. A. STONEMAN, Commissioner.

G. A. STONE, Commissioner. File No. 13622

UPON the joint application of the Canadian Pacific and the Canadian National Railway Companies, and reading what is filed in support thereof—

IT IS ORDERED that the terms and conditions approved by the Board under its General Order No. 162, dated March 30th, 1916, be, and they are hereby, prescribed as the terms and conditions upon which telegraph and cable messages shall be transmitted and dealt with by Telegraph and Cable Companies subject to the jurisdiction of the Board; and that the said General Order No. 162, including the said terms and conditions, and this Order, be published for three weeks in The Canada Gazette.

Chief Commissioner,
Board of Railway Commissioners
for Canada

(c) General Order of the Board of Transport Commissioners for Canada number T-40 dated 1 February 1965 and found in Part IV of the Revision and Consolidation of General Orders of the Board of Transport Commissioners for Canada, which General Order reads as follows:

OTTAWA, le 15 février 1929

b) l'ordonnance n° 49274 de la Commission des chemins de fer du Canada, datée du 5 décembre 1932, et qu'on trouve à la page 251 du volume 22 des jugements, ordonnances, règlements et décisions de la Commission:

[TRADUCTION] Lundi 5 décembre 1932

L'HONORABLE C. P. FULLERTON, c.r., Commissaire en chef adjoint.

M. S. J. MCLEAN, Commissaire en chef adjoint.

M. F. A. LABELLE, Commissaire en chef suppléant.

L'HONORABLE T. C. NORRIS, Commissaire.

DANS L'AFFAIRE DE l'ordonnance générale de la Commission n° 162, du 30 mars 1916, approuvant les conditions des formules sur lesquelles doivent être écrites les dépêches à transmettre, utilisées par les compagnies de télégraphe relevant de la Commission:

M. J. A. STONEMAN, Commissaire.

M. G. A. STONE, Commissaire. Dossier n° 13622

SUR requête conjointe de la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique et de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, et sur examen des documents produits à l'appui—

IL EST PAR LES PRÉSENTES ORDONNÉ que les conditions approuvées par la Commission aux termes de son ordonnance générale n° 162 en date du 30 mars 1916 soient prescrites comme étant les conditions auxquelles et suivant lesquelles les compagnies de câble et de télégraphe relevant de la Commission transmettront et aborderont les dépêches télégraphiques et par câble; et que, en outre, ladite ordonnance générale n° 162, y inclus lesdites conditions, ainsi que la présente ordonnance, soient publiées pendant trois semaines dans la Gazette du Canada.

Le Commissaire en chef
des chemins de fer
du Canada.

c) Ordonnance générale n° T-40 de la Commission des transports du Canada, en date du 1er février 1965, partie IV des ordonnances générales revisées de la Commission des transports du Canada:

GENERAL ORDER NO. T-40

THE BOARD OF TRANSPORT COMMISSIONERS FOR CANADA

Telegraph and Cable Messages, Terms and Conditions.

File No. 13622

IT IS HEREBY ORDERED AS FOLLOWS:

The following terms and conditions are prescribed as the terms and conditions upon which telegraph and cable messages shall be transmitted and dealt with by Telegraph and Cable Companies subject to the jurisdiction of the Board:

TERMS AND CONDITIONS

It is agreed between the sender of the message on the face of this form and this Company that the said Company shall not be liable for damages arising from failure to transmit or deliver, or for any error in the transmission or delivery of any unrepeated telegram, whether happening from negligence of its servants or otherwise, or for delays from interruptions in the working of its lines, for errors in cypher or obscure messages, or for errors from illegible writing, beyond the amount received for sending the same.

To guard against errors, the Company will repeat back any telegram for an extra payment of one-half the regular rate; and, in that case, the Company shall be liable for damages suffered by the sender to an extent not exceeding $200.00, due to the negligence of the Company in the transmission or delivery of the telegram.

Correctness in the transmission and delivery of messages can be insured by contract in writing, stating agreed amount of risk, and payment of premium thereon at the following rates, in addition to the usual charge for repeated messages, viz: one per cent for any great distance not exceeding 1000 miles, and two per cent for any greater distance.

This Company shall not be liable for the act or omission of any other Company, but will endeavour to forward the telegram by any other Telegraph Company necessary to reaching its destination, but only as the agent of the sender and without liability therefor. The Company shall

[TRADUCTION] ORDONNANCE GÉNÉRALE N° T-40

LA COMMISSION DES TRANSPORTS DU CANADA

Dépêches télégraphiques et par câble, conditions.

Dossier n° 13622

IL EST PAR LES PRÉSENTES ORDONNÉ CE QUI SUIT:

Les conditions suivantes sont prescrites comme étant les conditions auxquelles et suivant lesquelles les compagnies de câble et de télégraphe relevant de la Commission transmettront et aborderont les dépêches télégraphiques et par câble:

CONDITIONS

Il est convenu entre la Compagnie et l'expéditeur de la dépêche inscrite au verso que ladite Compagnie n'encourra aucune responsabilité au delà du montant perçu pour la transmission de ladite dépêche, à l'égard de tous dommages pouvant résulter du défaut de transmission ou de livraison, ou d'une erreur dans la transmission ou la livraison de toute dépêche non répétée, que ces dommages soient imputables à la négligence des employés de ladite Compagnie ou autrement, ou à des retards causés par une interruption dans le fonctionnement de ses lignes, ou à toute erreur dans des dépêches chiffrées ou de sens obscur, ou à toute erreur due à une écriture illisible.

Pour éviter tout risque d'erreur, la Compagnie répétera toute dépêche moyennant un versement supplémentaire de la moitié du tarif régulier, et dans ce cas, la responsabilité de la Compagnie vis-à-vis de l'expéditeur sera limitée à $200 à l'égard de tous dommages dus à la négligence de la Compagnie dans la transmission ou la livraison de la dépêche.

On peut s'assurer contre tout risque d'erreur dans la transmission ou la livraison des dépêches, au moyen d'un contrat écrit stipulant le montant de l'assurance, et sur paiement (en sus du taux ordinaire pour les dépêches répétées) d'une prime calculée sur la base suivante: soit, 1 p. 100 du montant assuré, pour toute distance n'excédant pas 1,000 milles, et 2 p. 100 pour toute distance plus grande.

Ladite Compagnie ne sera pas responsable du fait ou de l'omission d'une autre Compagnie mais s'efforcera de transmettre toute dépêche par toute Compagnie de télégraphe dont il faudra se servir afin de faire parvenir la dépêche à destination, mais la Compagnie n'agira en ce cas qu'en

not be responsible for messages until the same are presented and accepted at one of its transmitting offices; if a message is sent to such office by one of the Company's messengers, he acts for that purpose as the sender's agent; if by telephone, the person receiving the message acts therein as agent of the sender, being authorized to assent to these conditions for the sender. This Company shall not be liable in any case for damages, unless the same be claimed, in writing, within sixty days after receipt of the telegram for transmission.

No employee of the Company shall vary the foregoing.

(SGD) ROD. KERR,
Chief Commissioner,
The Board of Transport Commissioners for Canada.

qualité d'agent de l'expéditeur et sans assumer de responsabilité. La Compagnie n'assumera de responsabilité qu'à l'égard des dépêches présentées et acceptées à l'un de ses bureaux d'expédition; lorsqu'une dépêche est expédiée à un tel bureau par un des messagers de la Compagnie, ce messager sera censé être l'agent de l'expéditeur; lorsqu'une dépêche est communiquée par téléphone, la personne qui la reçoit sera censée agir pour l'expéditeur et avoir l'autorité nécessaire pour consentir aux présentes en son nom. La Compagnie ne répondra d'aucuns dommages, à moins qu'avis ne lui en soit donné par écrit dans les 60 jours qui suivent la remise de la dépêche pour transmission.

Aucun employé de la Compagnie n'a le droit de changer les présentes conditions.

(Signature) ROD. KERR,
Le commissaire en chef
Commission des transports du Canada.

23. Mr. Linton said on his examination for discovery that he had no actual knowledge of the terms and conditions in the said Orders and the terms and conditions contained on the usual telegram form. That statement is deemed to be part of these agreed facts and is not disputed by the Defendant.

23. M. Linton a déclaré lors de l'interrogatoire préalable qu'il n'avait pas eu connaissance des conditions contenues dans lesdites ordonnances, et des conditions inscrites sur la formule habituelle de télégramme. Cette affirmation est réputée faire partie du présent exposé conjoint des faits et n'est pas contestée par la défenderesse.

24. Order number 49274 and General Order number 162 were published in the Canada Gazette once on each of the following three dates: December 24, 1932; December 31, 1932; and January 7, 1933.

24. L'ordonnance nº 49274 et l'ordonnance générale nº 162 ont été publiées dans la Gazette du Canada à chacune des trois dates suivantes: le 24 décembre 1932, le 31 décembre 1932 et le 7 janvier 1933.

25. General Order T-40 has not been published in the Canada Gazette.

25. L'ordonnance générale T-40 n'a pas été publiée dans la Gazette du Canada.

26. No actual payment of one-half the regular rate for repeating back the telegram was made or to be made in respect of the telegram in question.

26. Aucun demi-tarif supplémentaire, en vue de répéter le télégramme en question, n'a été versé, ou ne devait être versé.

27. No premium insuring correctness in the transmission and delivery of the message was paid or agreed to be paid in this case.

27. On n'a payé, ou consenti de payer, aucune prime visant à assurer l'exactitude dans la transmission et la livraison du message.

28. The questions posed for determination are whether there is a limitation of liability in respect of the Defendant in the circumstances outlined herein and, if so, the extent of any such limitation of liability.

28. Les questions qui se posent alors sont: celle de savoir si la responsabilité de la défenderesse est limitée à l'égard des circonstances sus-énoncées et, dans l'affirmative, celle de savoir quelle est la portée de la limitation de responsabilité.

29. The parties to this action have further agreed that costs of the action to date may be based upon the disposition of this point of law and that the amount of the charge for sending the telegram is deemed to have been tendered by the Defendant to the Plaintiff prior to the commencement of this action.

29. Les parties en l'instance sont également convenues que les dépens de l'action jusqu'à ce jour pourront être basés sur la décision rendue sur ce point de droit, et que le prix d'expédition du télégramme sera réputé avoir été offert à la demanderesse par la défenderesse avant l'introduction de l'action.

The procedure of submitting the question of liability to the Court as a question of law was adopted so that upon the determination of that question if any liability were found to exist the amount thereof could be determined upon a reference failing the agreement between the parties.

General Order 162 as quoted above was enacted by the then Board of Railway Commissioners under the authority of s. 340 of the *Railway Act* of 1906. That Act has subsequently been replaced on several occasions but the same statutory provision continued up to the date of the trial of this action and then appeared as s. 381A of the Revised Statutes of Canada, 1952, c. 234. That section was made applicable to telegrams by s. 380(13) of the same statute. The section provides:

381A. (1) No contract, condition, by-law, regulation, declaration or notice made or given by the company, impairing, restricting or limiting its liability in respect of any traffic shall, except as hereinafter provided, relieve the company from such liability, unless the class of contract, condition, by-law, regulation, declaration or notice has been first authorized or approved by order or regulation of the Commission.

(2) The Commission may, in any case, or by regulation, determine the extent to which the liability of the company may be so impaired, restricted or limited.

(3) The Commission may by regulation prescribe the terms and conditions under which any traffic may be carried by the company.

Another General Order of the Board of Transport Commissioners should be referred to, that is order M-1 which came into force on February 1, 1965. The purpose of that order was to consolidate the previous existing Orders of the Board, to rescind those which were no longer applicable, and to refer to others which remained in force although not consolidated. The Order need not be quoted in full. It is sufficient to say that it has been found in the Courts below that it resulted in General Order 162 being rescinded and General Order 49274

Si on a choisi de faire décider préalablement à l'instruction la question de la responsabilité, en tant que question de droit, c'est qu'on voulait que, une fois cette question tranchée, l'étendue de la responsabilité, le cas échéant, soit déterminée sur renvoi, à défaut d'entente entre les parties.

L'ordonnance générale 162 a, dans les termes précités, été adoptée par l'ancienne Commission des chemins de fer en vertu de l'art. 340 de la *Loi des chemins de fer* de 1906. Cette Loi-là a été remplacée plusieurs fois par la suite mais la même disposition a été reconduite jusqu'à la date du procès en la présente cause, figurant alors comme l'art. 381A des Statuts revisés du Canada, 1952, c. 234. Le paragraphe (13) de l'art. 380 de la même loi a rendu cet article 381A applicable aux télégrammes. L'article prévoit:

381A. (1) Les contrats conclus, conditions et règlements établis, déclarations faites et avis donnés par la compagnie lorsqu'ils atténuent, restreignent ou limitent sa responsabilité relativement à tout trafic, ne doivent, sauf dans les cas ci-après prévus, décharger la compagnie de cette responsabilité, à moins que la catégorie à laquelle appartiennent ces contrats, conditions, règlements, déclarations ou avis, n'ait été préalablement autorisée ou approuvée par une ordonnance ou un règlement de la Commission.

(2) La Commission peut, dans tous les cas, ou par règlement, déterminer dans quelle mesure la responsabilité de la compagnie peut être ainsi atténuée, restreinte ou limitée.

(3) La Commission peut, par règlement, prescrire les modalités selon lesquelles tout transport peut être effectué par la compagnie.

Il faudrait mentionner une autre ordonnance générale de la Commission des transports, soit l'ordonnance M-1, qui est entrée en vigueur le 1er février 1965. Cette ordonnance avait pour objet de codifier les ordonnances antérieures existantes de la Commission, de révoquer celles qui n'étaient plus applicables et de signaler celles qui restaient en vigueur bien que non codifées. Cette ordonnance n'a pas besoin d'être citée intégralement. Il suffit de dire qu'on a statué dans les cours d'instance inférieure qu'elle a eu pour effet de révoquer l'ordonnance

being continued in effect with the reference therein to General Order 162 (now rescinded) being amended to read Order T-40. I am of the opinion that there is no issue involved in this course of determination as Order 49274 makes exactly the same provision with reference to Order T-40 as was made originally by General Order 162.

A matter of some importance, however, is the provision of the *Railway Act* as to the publication of these various orders. That provision appeared at the time of the trial of this action in s. 51 of the *Railway Act*, R.S.C. 1952, c. 234, and reads as follows:

> **51.** Any rule, regulation, order or decision of the Board when published by the Board, or by leave of the Board, for three weeks in the *Canada Gazette*, and while the same remains in force, has the like effect as if enacted in this Act and all Courts shall take judicial notice thereof.

Although a like provision was in effect in March of 1916 when General Order 162 of the Board of Railway Commissioners was enacted, there was no publication in the *Canada Gazette* of that order.

In this situation, the circumstances which gave rise to the decision of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta in *Jankelson v. Canadian National Telegraphs*[8] arose. There, Jankelson had telephoned to the telegraph office in Calgary and had dictated a short telegram. The telephone message was received by an employee of the Canadian National Telegraphs and was written by him on the usual form used by such company in such case. The telegram was dispatched from Calgary but was lost in Montreal and a duplicate message was only delivered five days after the original had been dispatched. The form upon which the employee of the telegraph company copied the message was a form containing exactly the provisions of General Order 162 which I have quoted above. There, as here, the action was

[8] [1931] 1 W.W.R. 337.

générale 162 et de reconduire l'ordonnance générale 49274, dont le renvoi à l'ordonnance générale 162 (maintenant révoquée) devient un renvoi à l'ordonnance T-40. J'estime que cette façon de décider ne peut prêter à aucun débat car l'ordonnance 49274 prévoit par renvoi à l'ordonnance T-40 exactement ce que prévoyait originairement l'ordonnance générale 162.

Une chose qui revêt quelque importance, toutefois, c'est la disposition de la *Loi sur les chemins de fer* relative à la publication de ces diverses ordonnances. Cette disposition figurait, à l'époque du procès, à l'art. 51 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1952, c. 234:

> **51.** Les règles, règlements, ordonnances ou décisions de la Commission, après publication durant trois semaines dans la *Gazette du Canada*, sur ordre ou permis de la Commission, ont le même effet, tant qu'ils sont en vigueur, que s'ils avaient été édictés par la présente loi, et tous les tribunaux doivent en reconnaître l'authenticité juridique.

Bien qu'une disposition semblable fût en vigueur en mars 1916 lors de l'adoption de l'ordonnance générale 162 de la Commission des chemins de fer, l'ordonnance 162 ne fut pas publiée dans la Gazette du Canada.

C'est cette situation qui régnait lorsque sont survenues les circonstances qui ont donné lieu à la décision de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta dans l'affaire *Jankelson v. Canadian National Telegraphs*[8]. En l'espèce, Jankelson avait téléphoné au bureau télégraphique de Calgary auquel il avait dicté un court télégramme. Le message téléphonique avait été reçu par un employé des télécommunications du Canadien National et inscrit par ce dernier sur la formule habituellement utilisée par cette compagnie en pareil cas. Le télégramme, envoyé de Calgary, a été perdu à Montréal et un double du message n'a été livré que cinq jours après l'expédition du message original. La formule sur laquelle l'employé de la compagnie de télégraphe a copié le message contenait exactement les dispositions de l'ordonnance générale 162 que

[8] [1931] 1 W.W.R. 337.

tried on an agreed statement of facts and it was part of that agreement that the conditions which appeared on such form were not communicated to the plaintiff and the plaintiff had no knowledge of them. Clarke J.A. said at p. 341:

It will be noticed that the Board has alternative powers, one under subsec. 2 of sec. 348 to determine the extent to which the liability of the company may be limited, leaving it to the company to make such limitation in its contracts if it so desires; or under subsec. 3 to itself prescribe the terms and conditions; and sec. 50 gives the order of the Board the like effect as if enacted in the Act, if published in the *Canada Gazette* for three weeks.

And at p. 342:

I think the order in question in this action comes under subsec. 2 and does not prescribe the limitations but only determines what limitations the company may make so that the case comes within the authority of the *Wilkinson* case, *supra*, and is distinguishable from the *Sherlock* case, *supra*.

There is the further distinction that there was no publication of Order 162 in question herein in accordance with sec. 50.

Whether or not this publication is essential to the validity of an order made under subsec. 2 need not be determined in this action for, assuming it to be fully effective, it has not the effect of making a statutory contract between the parties but only of authorizing such a contract to be made by the parties.

It should be noted that by the date of the decision in *Jankelson v. C.N. Telegraphs*, there had already been heard the case of *Wilkinson v. Canadian Express Co.*[9] and the case of *Sherlock*

[9] (1912), 27 O.L.R. 283.

j'ai citées ci-dessus. Dans ce cas-là, comme dans le nôtre, la cause a été jugée d'après un exposé conjoint des faits où l'on admettait que les conditions qui apparaissaient sur cette formule n'avaient pas été communiquées au demandeur et que le demandeur les ignoraient complètement. Le juge d'appel Clarke a dit, à la p. 341:

[TRADUCTION] Il faut remarquer que la Commission a deux pouvoirs au choix; tout d'abord celui que lui confère le par. (2) de l'art. 348 pour déterminer dans quelle mesure la responsabilité de la compagnie peut être limité, laissant à la compagnie la responsabilité d'inscrire cette limitation dans ses contrats si elle le désire; et celui que lui confère le par. (3) de prescrire elle-même les modalités; et l'art. 50 donne à l'ordonnance de la Commission le même effet que si elle avait été édictée par la Loi, à condition qu'elle soit publiée dans la *Gazette du Canada* pendant trois semaines.

Et à la p. 342:

J'estime que l'ordonnance dont il est question en l'espèce se rattache au par. (2) et ne prescrit pas de limitations mais détermine seulement les limitations que peut faire la compagnie de sorte que la cause tombe sous la jurisprudence de l'arrêt *Wilkinson*, précité, et se distingue de la cause *Sherlock*, précitée.

Il y a une autre distinction à faire, c'est qu'il n'y a pas eu de publication de l'ordonnance 162, dont il est question ici, conformément à l'art. 50.

Il n'est pas nécessaire de déterminer en la présente cause si cette publication est essentielle ou non à la validité d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (2) car, à supposer qu'elle soit entièrement valide, elle n'a pas pour effet de faire naître un contrat entre les parties mais seulement d'autoriser les parties à passer un tel contrat.

Il faut noter qu'à la date de la décision rendue dans l'affaire *Jankelson v. C.N. Telephaphs*, les causes *Wilkinson v. Canadian Express Co.*[9] et *Sherlock v. The Grand Trunk Railway*

[9] (1912), 27 O.L.R. 283.

*v. The Grand Trunk Railway Company*[10] (affirmed in this Court[11]), and that the learned justice on appeal refers to both of those decisions.

Shortly more than a year later, the Board of Railway Commissioners for Canada enacted Order 49274 on the December 5, 1932, and that Order has been considered in the Courts below as being an order made under subs. (3) of what is now s. 381A of the *Railway Act*. Smith C.J.A., in his dissenting reasons in the present case in the Appellate Division, put the problem succinctly when he said:

> The question appears to me to be, did the Board by enacting Order 49274 provide that the liability provision set out in Order 162 apply to the transmission of telegrams, irrespective of whether the form referred to in Order 162 was used or not used, or did it remain essential for that form to be brought to the attention of the sender and used for the writing out of the telegram in order to make the limitation provision applicable to the individual telegram being transmitted?

It is important, in coming to a decision on this vital point, to consider what were the exact operative words of Order 49274. To repeat them, they are as follows:

> IT IS ORDERED that the terms and conditions approved by the Board under its General Order No. 162, dated March 30th, 1916, be, and they are hereby, prescribed as the terms and conditions upon which telegraph and cable messages shall be transmitted and dealt with by Telegraph and Cable companies subject to the jurisdiction of the Board; and that the said General Order No. 162, including the said terms and conditions, and this Order, be published for three weeks in The Canada Gazette.

[10] (1920), 47 O.L.R. 473.
[11] 62 S.C.R. 328.

*Company*[10] (arrêt confirmé en cette Cour[11]) avaient déjà été entendues, et que le savant juge d'appel mentionne ces deux décisions.

Un peu plus d'une année après, la Commission des chemins de fer du Canada a adopté l'ordonnance 49274, le 5 décembre 1932, et les cours d'instance inférieure ont considéré cette ordonnance comme ayant été adoptée en vertu du paragraphe (3) de ce qui est aujourd'hui l'art. 381A de la *Loi sur les chemins de fer*. Le juge en chef Smith, dans ses motifs dissidents dans la présente cause en Division d'appel de l'Alberta, a résumé le problème de la façon suivante:

> [TRADUCTION] Voici, à mon avis, la question qui se pose: la Commission, en adoptant l'ordonnance 49274, a-t-elle voulu que la disposition sur la responsabilité énoncée dans l'ordonnance 162 s'applique à la transmission des télégrammes que la formule mentionnée dans l'ordonnance 162 ait été utilisée ou non, ou bien reste-t-il essentiel, pour que les dispositions relatives à la limitation de responsabilité s'appliquent au télégramme que l'on veut transmettre, que cette formule soit portée à l'attention de l'expéditeur et utilisée pour l'inscription du télégramme?

Pour se prononcer sur ce point crucial, il est important de déterminer quels étaient les mots clé de l'ordonnance 49274. Je vais les répéter:

> IL EST PAR LES PRÉSENTES ORDONNÉ que les conditions approuvées par la Commission aux termes de son ordonnance générale n° 162 en date du 30 mars 1916 soient prescrites comme étant les conditions auxquelles et suivant lesquelles les compagnies de câble et de télégraphe relevant de la Commission transmettront et aborderont les dépêches télégraphiques et par câble; et que, en outre, ladite ordonnance générale n° 162, y inclus lesdites conditions, ainsi que la présente ordonnance, soient publiées pendant trois semaines dans la Gazette du Canada.

[10] (1920), 47 O.L.R. 473.
[11] 62 R.C.S. 328.

The terms and conditions as approved by the Board under its General Order 162 which were prescribed by Order 49274 commence with the words: "It is ordered that the conditions of the telegraph forms used by telegraph companies subject to the jurisdiction of the Board be and they are hereby approved as follows". And then the first paragraph commences with the words "It is agreed between the sender of the message on the face of this form and this company . . ." . Surely, therefore, what the Board did by Order 49274 was to prescribe conditions and those conditions were that the sender of the telegram and the company should agree in a certain manner and that it is a proper inference that that agreement should be communicated to the sender by reference to the form setting out the terms and conditions. It must be understood that the problem facing the Court in *Jankelson* was not the problem in the present case. There, the sender had simply telephoned in his message and the message then was placed by a clerk upon the usual telegraph form which form recited the terms and conditions of the then General Order 162. The Appellate Division in *Jankelson* held only that the provisions of General Order 162 which provided that the telephone employee should be the agent of the sender for the purpose of consenting to the conditions and they, not having been communicated to the sender and, in addition, the order not having been gazetted, could not apply as against the sender.

As counsel for the appellant points out, it was sufficient to cure the situation in *Jankelson* to prescribe the exact conditions which were set out in General Order 162. Upon such prescription then what occurred in *Jankelson* would have been exactly covered by the order and the sender who had telephoned in the message would be bound by the conditions as the receiver, the receiving clerk, was authorized to consent on his behalf to such conditions. On the other hand, there had been no need to alter the

Les conditions telles qu'approuvées par la Commission aux termes de son ordonnance générale nº 162 commencent, dans l'ordonnance 49274 qui les prescrit, par les mots suivants: «Il est par les présentes ordonné que les conditions des formules . . . utilisées par les compagnies de télégraphe relevant de la Commission, soient approuvées, et ces conditions sont approuvées comme suit». Ensuite le premier alinéa commence par les mots «Il est convenu entre la Compagnie et l'expéditeur de la dépêche inscrite au verso . . .». Par conséquent, ce qui est sûr, c'est que la Commission, par l'ordonnance 49274, prescrivait des conditions selon lesquelles l'expéditeur du télégramme et la compagnie devaient s'entendre d'une certaine manière, et on est fondé à en déduire que l'entente devait être portée à la connaissance de l'expéditeur par référence aux conditions portées sur la formule. Il ne faut pas oublier que le problème qu'avait à résoudre la Cour dans l'affaire *Jankelson* n'était pas le même que celui de l'espèce présente. Dans cette cause-là, l'expéditeur avait simplement communiqué son message par téléphone et le message avait ensuite été inscrit par un commis sur la formule télégraphique habituelle, laquelle exposait les conditions de l'ordonnance générale 162 d'alors. Tout ce que la Division d'appel a décidé dans l'affaire *Jankelson,* c'est que les dispositions de l'ordonnance générale 162 qui prévoyaient que l'employé du téléphone serait l'agent de l'expéditeur aux fins d'accepter les conditions ne pouvaient s'appliquer à l'encontre de l'expéditeur, car elles n'avaient pas été communiquées à l'expéditeur et, de surcroît, l'ordonnance n'avait pas fait l'objet d'une publication dans la Gazette.

Comme le souligne l'avocat de l'appelante, il suffisait pour régler la situation existant dans l'affaire *Jankelson* de prescrire les conditions mêmes qu'énonçait l'ordonnance générale 162. Celles-ci prescrites, ce qui s'est produit dans l'affaire *Jankelson* aurait été exactement visé par l'ordonnance et l'expéditeur qui avait téléphoné le message aurait été lié par les conditions car le receveur, le commis à la réception, était autorisé à accepter ces conditions en son nom. D'autre part, il n'y avait aucun besoin de

situation of the sender who attended personally at the office of the telegraph company and who, therefore, could be properly informed of the most important, indeed almost total, restriction of liability wrought by the terms and conditions which would have to appear on the form which he would use. So, in the present case, Mr. Linton upon attending the office with the form of telegraph typed out could have been requested to put that message on the company's own form or it simply could have been affixed to such form and had pointed out to him that the form required the limitations set out in the terms and conditions set out on the reverse thereof.

In para. 19 of the agreed statement of facts it was agreed that "unless the limitation of liability is effective in the circumstances, the Defendant is liable to the Plaintiff for such loss and damage as may be established by the Plaintiff on an assessment of damages or agreed upon between the parties". The respondent, therefore, has agreed that the limitations and conditions do deprive the plaintiff of remedies which would be its at common law. Allen J.A., in giving reasons for the majority in the Appellate Division, said:

> Obviously the intent of Order 49274 was that the Board itself would prescribe the terms and conditions of what might be termed a statutory contract. . .

In interpreting that contract, the well-established rule as to the interpretation of contracts cutting down common law rights must be considered.

Byles J. said in *R. v. Morris*[12], at p. 95:

> . . . to construe a statute in conformity with the common law, rather than against it, except where or so far as the statute is plainly intended to alter the course of the common law.

This was a sound rule.

Coleridge J., in *The Queen v. Benjamin*

[12] (1867), L.R. 1 C.C.R. 90.

modifier la situation de l'expéditeur qui s'est rendu personnellement au bureau de la compagnie télégraphique et qui, par conséquent, peut être régulièrement informé de la très importante, en fait de la quasi totale, limitation de responsabilité émanant des conditions que doit porter la formule qu'il est censé utiliser. Ainsi, en l'espèce présente, lorsque M. Linton s'est rendu au bureau avec le télégramme dactylographié, on aurait pu lui demander de dresser ce message sur la propre formule de la compagnie, ou simplement le joindre à cette formule et lui souligner que la formule prévoyait les limitations énoncées dans les conditions inscrites au verso de celle-ci.

Au paragraphe 19 de l'exposé conjoint des faits, il est admis que «dans les circonstances, à moins que ne s'applique la limitation de responsabilité, la défenderesse est responsable envers la demanderesse de toute perte et dommage que peut établir celle-ci après évaluation ou entente entre les parties». L'intimée, par conséquent, admet que les limitations et conditions privent effectivement la demanderesse des recours qu'elle aurait en *Common Law*. Le juge Allen, en donnant les motifs de la majorité en Division d'appel, a déclaré:

> [TRADUCTION] L'intention manifeste de l'ordonnance 49274 était que la Commission prescrive elle-même les conditions de ce que l'on pourrait appeler un contrat statutaire.

En interprétant ce contrat, il faut tenir compte de la règle bien établie relative à l'interprétation de contrats qui battent en brèche des droits de *Common Law*.

Le juge Byles déclarait dans l'affaire *R. v. Morris*[12], à la p. 95:

> [TRADUCTION] . . . interpréter une loi conformément à la *Common Law* plutôt que contre celle-ci, sauf dans la mesure où la loi est clairement conçue pour modifier le cours de la *Common Law*.

Il s'agissait là d'un principe valable.

Le juge Coleridge, dans l'affaire *The Queen v.*

[12] (1867), L.R. 1 C.C.R. 90.

*Scott*[13], at p. 133, said:

How, then, upon general principles are we to proceed in a seeming conflict between the common law and these provisions of the statute? Not, I apprehend, by assuming at once that there is a real conflict, and sacrificing the common law, but by carefully examining whether the two may not be reconciled, and full effect be given to both.

In *National Assistance Board v. Wilkinson*[14], Devlin J. said at p. 661:

It is a well-established principle of construction that a statute is not to be taken as effecting a fundamental alteration in the general law unless it uses words that point unmistakably to that conclusion.

In the present case, if the words of Order 49274 were given the broad interpretation which the Courts below have given to them, there would be a very material derogation of the appellant's common law rights. The words do not require such an interpretation and, in fact, may be considered to be quite ambiguous. The evil which the order was intended to cure was not one which affects the appellant's situation but rather the position of a person who telephones in to the telegraph office a message; and as I have said it was sufficient to constitute the receiving clerk as the agent of that sender who had used the telephone in order to place upon him the limitations of the order. On the other hand, it was not so necessary to have those limitations apply to a person who attended the office unless that person was notified by use of the form, or even by the words of the receiving clerk, that the sending of the telegram entailed this very serious limitation on the liabilities of the telegraph company.

I am, therefore, of the opinion that Order 49274 of the Board of Railway Commissioners and in the same fashion Order T-40 of the Canadian Transport Board should be interpreted to leave free of the limitation a sender who has

[13] (1856), 25 L.J.M.C. 128.
[14] [1952] 2 Q.B. 648.

*Benjamin Scott*[13], à la p. 133, déclarait:

[TRADUCTION] Comment, alors, d'après des principes généraux, allons nous procéder pour résoudre ce qui semble être un conflit entre la *Common Law* et ces dispositions de la loi? Pas, d'après moi, en supposant au départ qu'il existe un conflit réel, et en sacrifiant la *Common Law*, mais en examinant avec soin si les deux ne peuvent pas être conciliés, et si l'on ne peut pas donner plein effet aux deux.

Dans l'affaire *National Assistance Board v. Wilkinson*[14], le juge Devlin déclarait à la p. 661:

[TRADUCTION] C'est un principe d'interprétation bien établi qu'une loi ne doit pas être considérée comme apportant un changement fondamental au droit commun à moins qu'elle n'utilise des mots qui conduisent sans conteste à une telle conclusion.

En l'espèce présente, si on donne aux termes de l'ordonnance 49274 l'interprétation large que les cours d'instance inférieure lui ont attribuée, il y aurait une dérogation très importante aux droits dont jouit l'appelante en *Common Law*. Ces mots n'exigent pas une telle interprétation et, en fait, peuvent être considérés comme très ambigus. Le mal que l'ordonnance devait guérir n'en est pas un qui porte atteinte à la situation de l'appelante mais un qui, plutôt, a trait à celle d'une personne qui communique un message par téléphone à un bureau de télégraphe; et, comme je l'ai dit, il suffisait de faire du commis à la réception l'agent de cet expéditeur qui avait utilisé le téléphone pour que les limitations de l'ordonnance lui soient applicables. D'autre part, il n'était pas de même façon nécessaire de faire en sorte que ces limitations s'appliquent à une personne qui se présentait au bureau à moins que cette personne fût avertie par utilisation de la formule, ou même par le commis à la réception, que l'envoi du télégramme comportait cette importante limitation de la responsabilité de la compagnie de télégraphe.

J'estime, par conséquent, que l'ordonnance 49274 de la Commission des chemins de fer du Canada et, de la même façon, l'ordonnance T-40 de la Commission canadienne des transports, devraient être interprétées comme laissant libre

[13] (1856), 25 L.J.M.C. 128.
[14] [1952] 2 Q.B. 648.

attended the telegraph company's office and who has not been notified and is unaware of any limitations on the ordinary common law rights he would have as against the telegraph company.

I am also concerned with the application of a further doctrine in contract law. This subject was referred to by the Chief Justice during the argument but neither counsel chose to develop it. I quote from Cheshire and Fifoot, *Law of Contract*, 6th ed., at p. 116:

> In a number of cases, now extending over many years, judges have ruled from time to time that no exempting clause, however wide, may protect a party who has broken the basic duties created by the very nature and character of the contract. A variety of language has been used to describe this over-riding consideration. The words "fundamental term" are, perhaps, most often on judicial lips. But this phrase, in so far as it suggests that the courts are only adding a further term to those already expressed or implied in the contract, is misleading. The essential assumption is that the party at fault has done more than break a term of the contract, however important this may be: he has failed to satisfy the very purpose for which the contract was designed and he may no longer rely on one of its component parts.

One of the outstanding examples of such a case is *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*[15], a decision of the English Court of Appeal. There, Denning L.J. said at pp. 940-1:

> Notwithstanding earlier cases which might suggest the contrary, it is now settled that exempting clauses of this kind, no matter how widely they are expressed, only avail the party when he is carrying out his contract in its essential respects. He is not allowed to use them as a cover for misconduct or indifference or to enable him to turn a blind eye to his obligations. They do not avail him when he is guilty of a breach which goes to the root of the contract. The thing to do is to look at the contract apart from the exempting clauses and see what are the terms,

[15] [1956] 1 W.L.R. 936.

de cette limitation un expéditeur qui s'est présenté au bureau de la compagnie de télégraphe et qui n'a pas été informé ni mis au courant de limitations quelconques des droits ordinaires de *Common Law* qu'il aurait à l'encontre de la compagnie de télégraphe.

Je me préoccupe également de l'application d'une autre théorie du droit des contrats. Le sujet a été mentionné par le Juge en chef au cours des plaidoiries mais aucun des avocats n'a choisi de le développer. Voici un extrait tiré de l'ouvrage Cheshire et Fifoot, *Law of Contract*, 6e éd., à la p. 116:

> [TRADUCTION] Dans nombre de causes, entendues au cours d'une période recouvrant aujourd'hui de nombreuses années, les juges ont décidé de temps à autre qu'aucune clause d'exemption, si large soit-elle, ne peut protéger la partie qui a manqué aux obligations de base créées de par la nature même du contrat. On s'est exprimé de différentes façons pour décrire cette considération prépondérante. L'expression «condition fondamentale» est sans doute celle que l'on retrouve le plus souvent dans la bouche des juges. Mais cette expression est trompeuse, dans la mesure où elle laisse croire que les cours ne font qu'ajouter une autre condition à celles déjà exprimées ou sous-entendues dans le contrat. Le postulat essentiel, c'est que la partie en faute n'a pas seulement rompu une clause du contrat, si grave que cela puisse être: elle a omis de répondre à l'objet même pour lequel le contrat a été conçu et elle ne peut plus invoquer l'un des éléments constitutifs de ce contrat.

Un des exemples les plus caractéristique d'une telle cause est l'arrêt *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis,*[15], rendu par la Cour d'appel d'Angleterre. En l'espèce le juge Denning déclarait aux pages 940-1:

> [TRADUCTION] En dépit d'arrêts antérieurs qui pourraient laisser croire le contraire, il est maintenant établi que des clauses d'exemption de cette nature, si largement soient-elles exprimées, ne profitent à la partie qui l'invoque que lorsque celle-ci exécute le contrat dans ses aspects essentiels. La partie ne peut les invoquer pour couvrir l'inconduite ou l'indifférence ou pour se permettre de fermer les yeux sur ses obligations. Ces clauses ne la protègent pas lorsqu'elle est coupable d'une violation qui atteint la racine du contrat. La chose à faire est d'examiner le

[15] [1956] 1 W.L.R. 936.

express or implied, which impose an obligation on the party. If he has been guilty of a breach of those obligations in a respect which goes to the very root of the contract, he cannot rely on the exempting clauses. . . . . The principle is sometimes said to be that the party cannot rely on an exempting clause when he delivers something "different in kind" from that contracted for, or has broken a "fundamental term" or a "fundamental contractual obligation" but these are, I think, all comprehended by the general principle that a breach which goes to the root of the contract disentitles the party from relying on the exempting clause.

A similar view was adopted by the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta in *Canadian-Dominion Leasing Corporation Ltd. v. Suburban Superdrug Ltd.*[16], and the British Columbia Supreme Court in *Lightburn v. Belmont Sales Ltd. et al.*[17], and as well by the Court of Appeal for Ontario in *R.G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*[18] It is true that those are cases in which an exemption clause in a contract is construed and the result where the Courts refuse to apply such exemption clause. What we are concerned with here is an exemption which, it is alleged, was granted by an order of the then Board of Railway Commissioners. As I have pointed out, however, that exemption was, in the view of Allen J. A., granted by the insertion of a statutory clause in a contract and, therefore, it is an exemption clause in a contract despite the fact that it originated in an order of the Board.

Upon the agreed statement of facts in the present case, the appellant, through its president, Mr. Linton, had attended the office of the respondent and there informed the clerk of the necessity of having this telegram delivered at the addressee's place of business not later than 11:00 a.m. on the day on which it was being

[16] (1966), 56 W.W.R. 396, 56 D.L.R. (2d) 43.
[17] (1969), 69 W.W.R. 734, 6 D.L.R. (3d) 692.
[18] [1971] 1 O.R. 207, 15 D.L.R. (3d) 15.

contrat en faisant abstraction des clauses d'exemption et de voir quelles sont les conditions, expresses ou tacites, qui imposent une obligation à cette partie. Si cette dernière est coupable d'une violation de ces obligations sous un rapport qui atteint la racine même du contrat, elle ne peut invoquer les clauses d'exemption . . . Pour exprimer le principe, on dit quelquefois que la partie ne peut invoquer une clause d'exemption lorsqu'elle offre une chose «de nature différente» de celle pour laquelle le contrat a été conclu, ou qu'elle rompt une «condition fondamentale» ou une «obligation contractuelle fondamentale», mais tout cela, à mon avis, est visé par le principe général selon lequel une violation qui atteint la racine du contrat prive la partie qui en a l'initiative du droit d'invoquer la clause d'exemption.

La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta dans l'affaire *Canadian-Dominion Leasing Corporation Ltd. v. Suburban Superdrug Ltd.*,[16] la Cour suprême de Colombie-Britannique dans l'affaire *Lightburn v. Belmont Sales Ltd. et al.*,[17] ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R.G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*,[18] ont adopté une semblable façon de voir. Il est vrai qu'il s'agit là de causes dans lesquelles on a interprété une clause d'exemption incluse dans un contrat et dans laquelle les tribunaux ont refusé d'appliquer une telle clause. Ici nous sommes en présence d'une exemption qu'on allègue avoir été accordée par une ordonnance de l'ancienne Commission des chemins de fer. Comme je l'ai souligné, cependant, cette exemption a été accordée, de l'avis du juge d'appel Allen, par l'insertion d'une clause statutaire dans un contrat et, par conséquent, il s'agit bien d'une clause d'exemption incluse dans un contrat même si elle tire son origine d'une ordonnance de la Commission.

D'après l'exposé conjoint des faits en l'espèce présente, l'appelante, par l'intermédiaire de son président M. Linton, s'est rendue au bureau de l'intimée pour y informer le commis de la nécessité de livrer le télégramme au bureau du destinataire à 11 h du matin au plus tard le jour de l'expédition après lui avoir déclaré que ceci était

[16] (1966), 56 W.W.R. 396, 56 D.L.R. (2d) 43.
[17] (1969), 69 W.W.R. 734, 6 D.L.R. (3d) 692.
[18] [1971] 1 O.R. 207, 15 D.L.R. (3d) 15.

sent and that such a course was possible because of the hour's variation in time between Fort Nelson and Vancouver. The defendant agreed to send the message on a rush basis and the defendant through its employee undertook to deliver that message by telegram not later than 11:00 a.m. on that day. Despite that agreement made in full knowledge of all the circumstances by the representative of the telegraph company, the message was not marked "Rush". Although it was sent from the Fort Nelson office immediately, it was delayed for some time in the Alberta office because the clerk had miscounted the words. When the clerk being called upon by the Alberta office made a proper count of the words, he again assured Mr. Linton that the message would be delivered on time in the manner instructed. When the message finally arrived at the office of the addressee, it was not within that time but over an hour later. In addition, it was not on an ordinary telegraph form but was on a telex form, although the receiving clerk had been warned that a telex would not be accepted by the addressee.

Under these circumstances, I am of the opinion that there was a complete failure to carry out the contract on the part of the respondent. The doctrine of fundamental breach, or a breach going to the root of the contract, would be more accurate, would apply and therefore the respondent is unable to avail itself of the exempting provisions appearing in the Order of the Board and set out on the reverse side of the form, if the latter had been used. For this reason also, I would allow the appeal.

In the result, the appeal should be allowed and the case should be returned to the Supreme Court of Alberta so that the damages may be assessed failing the agreement of the parties. The appellant is entitled to its costs throughout.

*Appeal dismissed with costs,* LASKIN C.J. *and* SPENCE, DICKSON *and* BEETZ JJ. *dissenting.*

possible à cause du décalage horaire existant entre Fort Nelson et Vancouver. La défenderesse a accepté d'envoyer le message par expédition urgente et s'est engagée, par l'entremise de son employé, à livrer ce message par télégramme au plus tard à 11 h du matin le même jour. En dépit de cet engagement pris en pleine connaissance de toutes les circonstances par le représentant de la compagnie de télégraphe, le message a été transmis sans porter la mention «Urgent». Bien qu'envoyé immédiatement du bureau de Fort Nelson, il a été retardé quelque temps en Alberta car le commis avait mal compté les mots. Quand le commis, appelé par le bureau de l'Alberta, a donné le nombre de mots exact, il a de nouveau assuré à M. Linton que son message serait livré à temps selon les directives données. Quand le message est arrivé enfin au bureau du destinataire, ce n'était pas dans les délais prévus mais avec plus d'une heure de retard. En outre, le message n'était pas inscrit sur une formule habituelle de télégramme mais sur une formule télex, bien qu'on ait pris soin d'avertir le commis à la réception que le destinataire n'accepterait pas de télex.

Dans ces circonstances, j'estime que l'intimée a complètement failli à l'exécution du contrat. La théorie de la violation fondamentale, ou ce qui serait plus juste d'une violation touchant la racine même du contrat, s'applique, et par conséquent l'intimée ne peut se prévaloir des dispositions d'exemption figurant dans l'ordonnance de la Commission et inscrites au verso de la formule de dépêche, si celle-ci avait été utilisée. Pour ce motif-là aussi, j'accueillerais le pourvoi.

En conséquence, le pourvoi devrait être accueilli et le dossier renvoyé à la Cour suprême de l'Alberta pour évaluation des dommages à défaut d'entente entre les parties. L'appelante a droit aux dépens en toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le* JUGE EN CHEF LASKIN *et les* JUGES SPENCE, DICKSON *et* BEETZ *étant dissidents.*

*Solicitors for the plaintiff, appellant: Macdonald, Spitz, Buchanan & Lavallee, Edmonton.*

*Solicitor for the defendant, respondent: Clare J. Irwin, Edmonton.*

*Procureurs de la demanderesse, appelante: Macdonald, Spitz, Buchanan & Lavallée, Edmonton.*

*Procureur de la défenderesse, intimée: Clare J. Irwin, Edmonton.*

**Canadian Long Island Petroleums Ltd. and Sadim Oil & Gas Co. Ltd.** (*Defendants*) *Appellants*;

and

**Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. and Irving Industries (Foothills Steel Foundry Division) Ltd.** (*Plaintiffs*) *Respondents.*

1974: June 4, 5; 1974: October 11.

Present: Martland, Spence, Pigeon, Dickson and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

*Real property—Agreement between joint owners governing operation and development of certain oil properties—Each party given right of first refusal to acquire other party's participating interest—Interest in land not created—Rule against perpetuities not applicable—Entitlement to decree of specific performance.*

The second appellant (Sadim) and the respondents (Irving) each held an undivided one-half interest in certain lands. Relations between the two companies were governed by an agreement dated August 1, 1966. Clause 13 of the agreement provided, *inter alia*, that if one of the parties (*i.e.*, the respondents or Sadim) received an offer to purchase that party's interest in the lands, the other party would have the opportunity to purchase the interest on the same terms in priority to the party that originally made the offer. On November 5, 1970, Sadim offered to sell its interest in the lands to the first appellant (Long Island) for a cash consideration of $20,000. On the same date Long Island accepted the offer. Subsequently, Sadim advised the respondents of the proposed sale and advised Long Island of the provisions of cl. 13. On December 4, 1970, the respondents purported to exercise the right of first refusal. Irving's letter of acceptance stated that payment of the purchase price of $20,000 was to be made in full by December 31, 1970. Sadim subsequently transferred its interest in the lands in question to Long Island on January 5, 1971. The respondents then commenced an action for specific performance. The action was successful at trial, and, on appeal, the judgment of the trial judge was affirmed by the Appellate Division. Appeals were then brought to this Court. The

**Canadian Long Island Petroleums Ltd. et Sadim Oil & Gas Co. Ltd.** (*Défenderesses*) *Appelantes*;

et

**Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. et Irving Industries (Foothills Steel Foundry Division) Ltd.** (*Demanderesses*) *Intimées.*

1974: les 4 et 5 juin; 1974: le 11 octobre.

Présents: Les juges Martland, Spence, Pigeon, Dickson et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

*Immeubles — Entente entre copropriétaires prévoyant l'exploitation et l'aménagement de biens-fonds pétrolifères—Chaque partie possède un droit de préemption relativement à l'acquisition de la part de l'autre partie—Aucun droit sur un bien-fonds n'est créé—Inapplicabilité de la règle contre la pérennité des droits contingents—Droit à l'exécution même du contrat.*

La seconde appelante (Sadim) et les intimées (Irving) détenaient chacune la moitié d'un droit indivis sur certains biens-fonds. Les rapports entre les deux compagnies étaient régis par une convention en date du 1er août 1966. La clause 13 de la convention prévoyait, entre autres, que si l'une des parties (c.-à-d. les intimées ou Sadim) recevait une offre d'achat pour son droit sur les biens-fonds, l'autre partie aurait alors l'occasion d'acheter le droit en question suivant les mêmes conditions et en ayant préséance sur la partie qui a formulé l'offre originale. Le 5 novembre 1970, Sadim offrit en vente son droit sur les biens-fonds à la première appelante (Long Island) pour une somme de $20,000 comptant. La même journée, Long Island accepta cette offre. Plus tard, Sadim avisa les intimées de son projet de vente et informa Long Island des dispositions de la clause 13. Le 4 décembre 1970, les intimées donnèrent à entendre qu'elles exerçaient leur droit de réemption. La lettre d'acceptation d'Irving précisait que le prix d'achat de $20,000 serait entièrement payé au plus tard le 31 décembre 1970. Par la suite, soit le 5 janvier 1971, Sadim cédait son droit en question sur les biens-fonds à Long Island. Les intimées intentèrent alors une action visant l'exécution même de la convention. L'action a été accueillie en première instance et, en appel, la Division d'appel confirma le

appellants' submission, on the major issue to be determined, was that cl. 13 gave to each of the parties an equitable interest in the land which might not vest until after the period limited by the rule against perpetuities and was, therefore, void.

*Held*: The appeals should be dismissed.

Unlike an option to purchase land, which gives the optionee an equitable interest in the land, the right conferred by cl. 13 did not create property rights. Each party agreed that upon the occurrence of a certain event, which was within its own control, the other party would have a first right of purchase for a 30-day period. The clause was part of an agreement between joint owners of a property, governing the operation and development of it. In essence it was a negative covenant whereby each party agreed not to substitute a third party as a joint owner with the other, without permitting the other party the opportunity, by meeting the proposed terms of sale, to acquire full ownership. An agreement which is personal and which does not create an interest in land is not subject to the rule against perpetuities.

Sadim, in breach of its commitment to the respondents, conveyed its interest in the land to Long Island, which took its title with full knowledge of the requirements of the restrictive covenant. In equity the covenant bound Long Island, and, accordingly, the respondents were entitled to the decree of specific performance.

*London and South Western Railway Co. v. Gomm* (1882), 20 Ch. D. 562; *Frobisher Ltd. v. Canadian Pipelines & Petroleums Ltd. et al.*, [1960] S.C.R. 126, distinguished; *Weber v. Texas Co.* (1936), 83 F. 2d 807; *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1901] 2 Ch. 37, followed; *Albay Realty Ltd. v. Dufferin-Lawrence Development Ltd.* (1956), 2 D.L.R. (2d) 604, not followed; *Murray v. Two Strokes Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 357, referred to.

APPEALS from a judgment of the Supreme *Court of Alberta, Appellate Division*[1], affirming a judgment of Milvain C.J.T.D. Appeals dismissed.

[1] [1973] 5 W.W.R. 99, 37 D.L.R. (3d) 1.

jugement du juge de première instance. Des pourvois ont alors été interjetés devant cette Cour. La prétention des appelantes, eu égard à la principale question en litige, était que la clause 13 donnait à chacune des parties un droit équitable sur le bien-fonds qui aurait pu n'être dévolu qu'après l'expiration de la période prescrite par la règle contre la pérennité et était par conséquent nulle.

*Arrêt*: Les pourvois doivent être rejetés.

Contrairement à l'option d'achat, qui donne à l'optant un droit équitable sur le bien-fonds, le droit conféré par la clause 13 ne crée pas de droit réel. Chaque partie a convenu que s'il se produisait un certain événement dépendant de leur propre volonté, l'autre partie aurait un droit de préemption durant une période de trente jours. La clause faisait partie d'une entente entre les copropriétaires d'un bien, entente qui prévoyait l'exploitation et l'aménagement de ce bien. En substance, il s'agissait d'une obligation négative par laquelle chaque partie s'engageait à ne pas permettre qu'une tierce partie la remplace comme copropriétaire, sans donner l'occasion à l'autre partie de devenir seul propriétaire en remplissant les conditions de vente prévues. Une convention qui est un contrat personnel et qui ne crée pas de droit sur un bien-fonds n'est pas assujettie à la règle contre la pérennité.

Violant ses engagements envers les intimées, Sadim a cédé ses intérêts dans le bien-fonds à Lond Island qui a obtenu son titre alors qu'elle connaissait parfaitement les exigences de la clause restrictive. Selon l'*equity*, Long Island était liée par cette obligation, et, par conséquent, les intimées avaient droit à l'ordonnance d'exécution même de l'obligation.

Distinction faite avec les arrêts: *London and South Western Railway Co. v. Gomm* (1882), 20 Ch. D. 562; *Frobisher Ltd. c. Canadian Pipelines & Petroleums Ltd. et autres*, [1960] R.C.S. 126; arrêts suivis: *Weber v. Texas Co.* (1936), 83 F. 2d 807; *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1901] 2 Ch. 37; arrêt non suivi: *Albay Realty Ltd. v. Dufferin-Lawrence Development Ltd* (1956), 2 D.L.R. (2d) 604; arrêt mentionné: *Murray v. Two Strokes Ltd.* [1973] 3 All E.R. 357.

POURVOIS interjetés à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta[1], confirmant un jugement du juge en chef Milvain de la Division de première instance. Pourvois rejetés.

[1] [1973] 5 W.W.R. 99, 37 D.L.R. (3d) 1.

*G. F. Dixon*, for the defendant, appellant, Canadian Long Island Petroleums Ltd.

*J. M. Hope, Q.C.*, for the defendant, appellant, Sadim Oil & Gas Co. Ltd.

*J. Hopwood*, for the plaintiffs, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—These appeals are from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, which affirmed the judgment at trial, which had ordered and declared that upon payment of the sum of $20,000, as provided in the judgment, the respondents were entitled to specific performance of the agreement which was in issue at the trial.

The parties agreed as to the facts, and those which are relevant to the appeals are stated in the reasons of Chief Justice Milvain in his judgment at trial, which I will now set forth in the form in which they were delivered.

> "1. March 14th, 1966, a farmout agreement was entered into between Decklab Petroleum Corporation, as farmor, and Glenwood Development Corporation Ltd. as farmee. Under this agreement Glenwood acquired or was able to acquire the interests now in question.
>
> 2. On August 1st, 1966, Glenwood having acquired property interests under the foregoing agreement, entered into an agreement with Sadim. This agreement contained the following recital:
>
> > 'Whereas the parties hereto each have an undivided share or interest in certain lands (hereinafter called the Jointly Held Lands) and desire to enter into an agreement for the joint operation and development of the Jointly Held Lands.'

The agreement then went on to provide that Glenwood would be the operator, and provided for the many and usual things one finds

*G. F. Dixon*, pour la défenderesse, appelante, Canadian Long Island Petroleums Ltd.

*J. M. Hope*, c.r., pour la défenderesse, appelante, Sadim Oil and Gas Co. Ltd.

*J. Hopwood*, pour les défenderesses, intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Ces appels sont à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, qui a confirmé le jugement de première instance qui avait ordonné et déclaré que sur paiement de la somme de $20,000, tel que prévu au jugement, les intimées avaient droit à l'exécution même de la convention qui était en litige au procès.

Les parties s'entendent sur les faits, et ceux qui sont pertinents aux appels sont énoncés dans les motifs de M. le juge en chef Milvain dans son jugement en première instance, lesquels j'expose maintenant dans leur forme originale.

> [TRADUCTION] «1. Le 14 mars 1966, une convention d'amodiation a été conclue par Decklab Petroleum Corporation, cédante, et Glenwood Development Corporation Ltd., preneuse. En vertu de cette convention, Glenwood a acquis ou est devenue habilitée à acquérir les intérêts maintenant en cause.
>
> 2. Le 1er août 1966, Glenwood, ayant acquis des intérêts de propriété en vertu de la convention qui précède, a conclu une convention avec Sadim. Cette convention contient l'attendu que voici:
>
> > «Attendu que les parties aux présentes détiennent chacune une part ou un intérêt indivis dans certains biens-fonds (ci-après appelés les biens-fonds détenus conjointement) et désirent conclure une convention pour l'exploitation et l'aménagement conjoints des biens-fonds détenus conjointement.»

La convention prévoit ensuite que Glenwood serait l'exploitante, et contient les clauses nombreuses et habituelles que l'on trouve

in such agreements. Among these provisions we find clause 13 as follows:

13. TRANSFERS, SALES AND ASSIGNMENTS:

If a party hereto (hereinafter in this clause referred to as 'the Selling Party') receives a bona fide offer for all or any portion of its Participating Interest which it is willing to accept, it shall forthwith give to the Other Party (hereinafter in this clause referred to as 'the Non-Selling Party') who has not received an offer, written notice of the terms of the said offer together with the name and address of the offeror, and the Non-Selling Party shall have the first right for a period of thirty (30) days after written notice is so given to purchase such interest at the price and on the terms set forth in the said offer. If the Non-Selling Party does not elect to purchase such interest, the Selling Party shall be at liberty, for a period of ninety (90) days following the date upon which the said thirty (30) day notice period expires, to make such a sale to the offeror upon terms not more favourable to the said offeror than were contained in the said offer. The provisions of this clause relating to the obligation of the Selling Party to offer all or any portion of its Participating Interest to the Non-Selling Party shall not apply to mergers or consolidations or to assignments or transfers between parent and subsidiary corporations or subsidiaries of a parent company if the parent company owns at least fifty per cent (50%) of the voting stock of the subsidiary corporation or corporations, or between affiliated companies controlled by mutual parent companies, or to the sale by the Selling Party of all its assets in Canada or to the granting of security to any chartered bank in Canada pursuant to Section 82 of The Bank Act. Should a party sell or otherwise dispose of less than its entire Participating Interest hereunder or sell or otherwise dispose of its entire Participating Interest to more than one person, the other party shall treat the disposing party as the owner of the Participating Interest which it had prior to the said disposition and shall not recognize or deal with the assignee(s) or purchaser(s) until such time as a single assignee or single purchaser has acquired the disposing party's entire Participating Interest, at which time the said single assignee or single purchaser shall be substituted for the disposing party by executing and delivering to the other party a copy of this Agreement and the

dans des conventions de ce genre. L'une d'elles est la clause 13 qui se lit comme suit:

13. TRANSFERTS, VENTES ET CESSIONS:

Si une partie aux présentes (ci-après appelée dans la présente clause «la partie qui vend») reçoit une offre authentique en vue de l'acquisition de la totalité ou d'une partie de sa participation et est disposée à l'accepter, elle doit sur-le-champ donner à l'autre partie (ci-après appelée dans la présente clause «la partie qui ne vend pas») qui n'a pas reçu d'offre, avis écrit des conditions de ladite offre et du nom et de l'adresse de l'offrant, et la partie qui ne vend pas aura en priorité pour une période de trente (30) jours après cet avis écrit le droit d'acheter cette participation au prix et suivant les conditions que contient ladite offre. Si la partie qui ne vend pas ne choisit pas d'acheter cette participation, la partie qui vend sera libre, pendant une période de quatre-vingt-dix (90) jours suivant la date à laquelle ledit avis de trente (30) jours expire, d'effectuer cette vente à l'offrant à des conditions qui ne sont pas plus favorables audit offrant que celles que contenait ladite offre. Les dispositions de la présente clause relatives à l'obligation de la partie qui vend d'offrir la totalité ou une partie de sa participation à la partie qui ne vend pas ne s'appliqueront pas aux fusions ou regroupements ou aux cessions ou transferts entre corporations mères et filiales ou filiales d'une compagnie mère si la compagnie mère possède au moins cinquante pour cent (50%) des actions donnant droit de vote de la corporation ou des corporations filiales, ou entre des compagnies affiliées contrôlées par des compagnies mères mutuelles, ou à la vente par la partie qui vend de tous ses biens au Canada ou à l'octroi d'une garantie à toute banque à charte au Canada en vertu de l'article 82 de la Loi sur les banques. Advenant qu'une partie vende ou aliène d'autre façon moins que la totalité de sa participation prévue aux présentes ou vende ou aliène d'autre façon la totalité de sa participation à plus d'une personne, l'autre partie traitera la partie aliénatrice comme si elle était toujours propriétaire de la participation qu'elle avait avant ladite aliénation et ne reconnaîtra pas le cessionnaire ou l'acheteur, ou les cessionnaires ou les acheteurs, ni ne traitera avec eux, avant qu'un cessionnaire unique ou acheteur unique n'ait acquis la totalité de la participation de la partie aliéna-

assignee or purchaser shall thereupon be subject to all the terms and conditions of this Agreement, including the terms and conditions of this clause 13.

3. An agreement dated August 1st, 1967 was entered into between Irving and Sadim.

This agreement recites the operating agreement referred to above dated August 1st, 1966, and proceeds:

'And whereas Glenwood has, with the consent of Sadim, by agreement dated August 31st 1967 sold its entire interest in and to the said Jointly Held Lands to Irving.'

Here I wish to note, in parenthesis, that there must be some error in the dates shown on the copies of the documents submitted to me. How can an agreement dated August 31st, 1967 be referred to in a document dated August 1st, 1967?

However, this agreement makes it clear that Irving should stand in the place of Glenwood in the agreement of August 1st, 1966. In fact the agreement of August 1st, 1966 was annexed as Appendix "A", and it was provided in clause 4 as follows:

'4. Subject to the provisions of clause 13 of appendix "A" this agreement shall enure to the benefit of and be binding upon the parties hereto their respective successors and assigns.'

4. Prior to November 5th, 1970, discussions took place between Sadim and Long Island, having in view a sale by Sadim to Long Island of its interest in the 'jointly held lands'.

5. On November 5th, 1970, Sadim wrote to Long Island as follows:

'November 5, 1970

Canadian Long Island Petroleums Ltd.,
401 Lancaster Building,
CALGARY 2, Alberta.

trice, sur quoi ledit cessionnaire unique ou acheteur unique sera substitué à la partie aliénatrice en signant et remettant à l'autre partie une copie de la présente convention et le cessionnaire ou l'acheteur deviendra alors assujetti à toutes les modalités et conditions de la présente convention, y compris les modalités et conditions de la présente clause 13.

3. Une convention datée du 1er août 1967 a été conclue entre Irving et Sadim.

Cette convention énonce la convention d'exploitation mentionnée ci-dessus datée du 1er août 1966, et poursuit en ces termes:

«Et attendu que Glenwood a, avec le consentement de Sadim, par convention datée du 31 août 1967 vendu à Irving la totalité de ses intérêts dans lesdits biens-fonds détenus conjointement.»

Ici je désire noter, entre parenthèses, qu'il doit y avoir erreur dans les dates figurant sur les copies des documents qui m'ont été soumis. Comment une convention datée du 31 août 1967 peut-elle être mentionnée dans un document daté du 1er août 1967?

Toutefois, cette convention montre clairement que Irving doit prendre la place de Glenwood dans la convention du 1er août 1966. En fait la convention du 1er août 1966 est annexée comme annexe «A», et il est prévu dans la clause 4 ce qui suit:

«4. Sous réserve des dispositions de la clause 13 de l'annexe «A», la présente convention sera exécutée à l'avantage des parties contractantes et liera celles-ci, ainsi que leurs successeurs et ayants cause.»

4. Des pourparlers entre Sadim et Long Island ont eu lieu avant le 5 novembre 1970 en vue de la vente par Sadim de ses intérêts dans les biens-fonds détenus conjointement à Long Island.

5. Le 5 novembre 1970, Sadim a envoyé à Long Island la lettre suivante:

«5 novembre 1970

Canadian Long Island Petroleums Ltd.,
401 Lancaster Building,
CALGARY 2, Alberta.

Attention: Mr. V. Bolin.

Dear Sirs:

Re: Glenwood Sadim Pembina
Ltd. 2-27 BR-48-6-W. 5 M.

Further to recent discussions, this letter will confirm that Sadim Oil & Gas Co. Ltd. is prepared to sell their entire interest in the captioned well and spacing unit for a cash consideration of $20,000.00.

The details of this prospect are as follows:

Petroleum & Natural Gas Lease No. 116915 standing in the name of Dekalb Petroleum Corporation.

Sadim holds a 50% working interest in the S. ½ of 27-48-6-W.5 M. down to and including the Basal Belly River Sand.

The remaining 50% working interest is owned by Irving Industries Limited who have the right to sub contract its duties as Operator to Robert J. Sumner.

Dekalb Petroleum Corp. reserves a gross overriding royalty on gas and oil equal to that due the Crown.

We enclose for your perusal copies of the following documents:

1. Farmout agreement between Dekalb Petroleum Corp. and Glenwood Development Corp. Ltd.
2. Assignment agreement between Glenwood Development Corp. Ltd. and Sadim Oil and Gas Co. Ltd.
3. Memorandum of agreement between Irving Industries Ltd. and Sadim Oil and Gas Co. Ltd.

This offer is subject to prior acceptance and withdrawal without notice.

Yours very truly,
SADIM OIL & GAS LTD.,

J. R. Crawford,
Landman.

Encl.

cc. Mr. R. J. Sumner,
10—600 Sixth Ave. S.W.,
Calgary, Alberta.'

It should be noted at this moment that the 'offer', if that be what it is, comes from and not to Sadim. It is on this basis the defendants contend the transaction between them does

A l'attention de M. V. Bolin.

Messieurs:

Objet: Glenwood Sadim Pembina
Ltd. 2-27 BR-48-6-W. 5 M.

Suite à nos récentes discussions, la présente confirme que Sadim Oil & Gas Ltd. est prête à vendre la totalité de ses intérêts dans le puits et l'unité d'espacement mentionnés en rubrique pour une somme de $20,000 comptant.

Les détails de cette affaire sont comme suit:

Concession n° 116915 de Petroleum & Natural Gas inscrit au nom de Dekalb Petroleum Corporation.

Sadim détient une part d'exploitation de 50% dans la partie S. ½ du 27-48-6-W.5 M. jusqu'au Basal Belly River Sand inclusivement.

La part d'exploitation restante de 50% appartient à Irving Industries Limited qui détient le droit de sous-traiter ses obligations d'exploitante à Robert J. Sumner.

Dekalb Petroleum Corp. se réserve une redevance dérogatoire brute sur le gaz et le pétrole égale à celle qui est due à la Couronne.

Nous incluons pour votre examen copies des documents suivants:

1. Convention d'amodiation entre Dekalb Petroleum Corp. et Glenwood Development Corp. Ltd.
2. Accord de cession entre Glenwood Development Corp. Ltd. et Sadim Oil and Gas Co. Ltd.
3. Mémoire d'accord entre Irving Industries Ltd. et Sadim Oil and Gas Co. Ltd.

La présente offre est sujette à acceptation et retrait sans préavis.

Bien à vous,
SADIM OIL & GAS LTD.,

J. R. Crawford,
agent des terrains.

Incl.

cc. M. R. J. Sumner,
10—600 Sixth Ave. S.W.,
Calgary, Alberta.»

Il faut noter à ce stade-ci que l'«offre», si c'en est une, vient de Sadim et non l'inverse. C'est sur cette base que les défenderesses prétendent que le marché entre elles n'est pas

not fall within clause 13 of the operating agreement.

6. On November 5th, 1970, Long Island wrote Sadim as follows:

'CANADIAN LONG ISLAND
PETROLEUMS LTD.
401 Lancaster Building—
Calgary 2, Canada
5th November, 1970.

Sadim Oil & Gas Co. Ltd.,
5112—3rd Street S.E.,
P.O. Box 5520—Station 'A'
Calgary 9, Alberta.

Dear Sirs,

Re: Glenwood Sadim Pembina
LSD 2-27-BR-48-6-W.5th
Meridian

I refer to your letter of November 5th, 1970 and your offer to sell the above.

Our company hereby accepts your offer.

If you will have your usual transfer documents delivered to our solicitors:—

Messrs. Macleod, Dixon, Burns, Love, Leitch, Lomas, Charters & Montgomery,
Barristers and Solicitors,
555—Bentall Building,
Calgary 2, Alberta.

for the attention of Mr. K. S. Dixon, Q.C., we will proceed with completion in the usual way.

Yours truly,
CANADIAN LONG ISLAND
PETROLEUMS LTD.
"Vincent Bolin"
President.'

VB:LL

I feel it should be noted at this time that, among the documents enclosed was included the agreement between Irving and Sadim, to which was annexed as appendix "A" the Agreement between Glenwood and Sadim containing much discussed clause 13.

7. On November 5th, 1970, Sadim wrote to Irving as follows:

visé par la clause 13 de la convention d'exploitation.

6. Le 5 novembre 1970, Long Island fait parvenir à Sadim la lettre suivante:

'CANADIAN LONG ISLAND
PETROLEUMS LTD.
401 Lancaster Building—
Calgary 2, Canada
le 5 novembre 1970.

Sadim Oil & Gas Co. Ltd.,
5122—3rd Street S.E.,
C.P. 5520—Station «A»
Calgary 9, Alberta.

Messieurs,

Objet: Glenwood Sadim Pembina
LSD 2-27-BR-48-6-W.5ième
Méridien

Je me reporte à votre lettre du 5 novembre 1970 et à votre offre de vendre ce qui est mentionné en rubrique.

Notre compagnie par la présente accepte votre offre.

Veuillez faire parvenir vos documents de transfert habituels à nos procureurs:—

Messieurs Macleod, Dixon, Burns, Love, Leitch, Lomas, Charters & Montgomery,
Avocats et procureurs,
555—Édifice Bentall,
Calgary 2, Alberta.

à l'attention de M. K. S. Dixon, c.r., et nous verrons à compléter le tout de la façon habituelle.

Bien à vous,
CANADIAN LONG ISLAND
PETROLEUMS LTD.
«Vincent Bolin»
Président.»

VB:LL

Il convient de remarquer à ce moment-ci que se trouvait parmi les documents inclus le mémoire d'accord entre Irving et Sadim, auquel était joint comme annexe «A» la convention entre Glenwood et Sadim qui contient la clause 13 tant controversée.

7. Le 5 novembre 1970, Sadim fait parvenir à Irving la lettre suivante:

'SADIM OIL & GAS CO. LTD.
5112—3rd Street S.E.
P.O. Box 5520, Station 'A'
CALGARY 9, Alberta

Irving Industries Ltd., November 5, 1970.
125—66 Avenue S.E.,
CALGARY, Alberta.

Attention: Mr. H. A. Irving

Dear Sirs:

Re: Glenwood Sadim Pembina
Lsd. 2-27 BR-48-6-W.5 M.

We refer you to Memorandum of Agreement dated August 1st, 1967, between Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. and Irving Industries (Foothills Steel Foundry Division) Ltd., of the first part, and Sadim Oil & Gas Co. Ltd., of the second part, concerning the captioned well and spacing unit.

In accordance with clause 13 of Appendix "A" of the said agreement, you are hereby advised that Sadim Oil & Gas Co. Ltd. has offered for sale to Canadian Long Island Petroleum Ltd., its entire interest in the captioned property for a cash consideration of $20,000.00.

A copy of the letter outlining the details of the offer is attached for your information.

Yours very truly,
SADIM OIL & GAS CO. LTD.,
"J. R. Crawford"
Encl. J. R. Crawford,
REGISTER. Landman.'

There was enclosed, as stated, a copy of the letter Sadim to Long Island, set out in Number 5 above.

8. On November 9th, 1970, Sadim wrote Long Island as follows:

'November 9, 1970

Canadian Long Island Petroleums Ltd.,
401 Lancaster Building,
CALGARY 2, Alberta.

Attention Mr. V. Bolin.

Dear Sirs:

Re: Glenwood Sadim Pembina
Lsd. 2-27-BR-6-W. 5 M.

With reference to your letter of November 5th and further to our recent conversation, we confirm that the Operator, Irving Industries Ltd., has the option of first refusal on the captioned prop-

'SADIM OIL & GAS CO. LTD.
5112—3rd Street S.E.
C.P. 5520, Station «A»
CALGARY 9, Alberta

Irving Industries Ltd., le 5 novembre 1970
125 - 66 Avenue S.E.,
CALGARY, Alberta.

A l'attention de M. H. A. Irving

Messieurs,

Objet: Glenwood Sadim Pembina
Lsd. 2-27 BR-48-6-W.5 M.

Nous vous renvoyons au mémoire d'accord en date du 1er août 1967, entre Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. et Irving Industries (Foothills Steel Foundry Division) Ltd. de première part, et Sadim Oil & Gas Co. Ltd. de deuxième part, relativement au puits et à l'unité d'espacement mentionnés en rubrique.

Conformément à la clause 13 de l'annexe «A» dudit accord, vous êtes par les présentes avisés que Sadim Oil & Gas Co. Ltd. a offert de vendre à Canadian Long Island Petroleum Ltd. la totalité de ses intérêts dans les biens mentionnés en rubrique moyennant $20,000 comptant.

Une copie de la lettre énonçant les modalités de l'offre est jointe pour votre information.

Bien à vous,
SADIM OIL & GAS CO. LTD.,
«J. R. Crawford»
Incl. J. R. Crawford,
POSTE RECOMMANDÉE agent des terrains»

Tel que mentionné, une copie de la lettre de Sadim à Long Island, reproduite au numéro 5 ci-dessus, était jointe.

8. Le 9 novembre 1970, Sadim fit parvenir à Long Island la lettre suivante:

«le 9 novembre 1970

Canadian Long Island Petroleums Ltd.,
401 Lancaster Building,
CALGARY 2, Alberta.

A l'attention de M. V. Bolin.

Messieurs,

Objet: Glenwood Sadim Pembina
Lsd. 2-27-BR-6-W. 5 M.

Suite à votre lettre du 5 novembre et à nos récentes conversations, nous désirons confirmer que l'exploitante, Irving Industries Ltd., a un droit de préemption sur les biens mentionnés en

erty. This is in accordance with clause 13 of Appendix "A" of Memorandum of Agreement dated August 1, 1967, a copy of which was forwarded to you.

We will keep you advised of developments in this matter.

Yours very truly,
SADIM OIL & GAS CO. LTD.,
J. R. Crawford,
Landman.'

I think it should be noted that both Sadim and Long Island are now fully aware of clause 13.

9. On December 4th, 1970, Irving wrote Sadim as follows:

'December 4th, 1970

Sadim Oil and Gas Co. Ltd.,
5112—3rd Street S.E.
P.O. Box 5520, Stn. A
Calgary, Alberta.
Attention: J. R. Crawford
Dear Mr. Crawford:

Re: Glenwood Sadim Pembina
LSD-2-27-BR-48-6-W-5.

With reference to your letter in regard to the sale of a 50% interest in the subject oil well, we now advise you that we will purchase the half interest which you have available for sale for $20,000.00. Payment to be made in full by December 31st, 1970.

If you wish to discuss the matter further please contact me at your convenience.

Yours very truly,
IRVING INDUSTRIES (IRVING
WIRE PRODUCTS DIVISION) LTD.
Harry A. Irving
HAI/jm President'

It should be noted, in view of the agreement as to issues referred to later, that this letter was attached as Exhibit 8 to the agreed statement of facts. I think also it should be recognized that this letter falls within the 30 day period mentioned in clause 13 of the operating agreement.

rubrique, conformément à la clause 13 de l'annexe «A» du mémoire d'accord en date du 1er août 1967, dont copie vous a été transmise.

Nous vous tiendrons au courant du déroulement des événements en cette affaire.

Bien à vous,
SADIM OIL & GAS CO. LTD.,
J. R. Crawford
agent des terrains»

Je crois qu'on doit noter que Sadim et Long Island sont maintenant toutes deux parfaitement au courant de la clause 13.

9. Le 4 décembre 1970, Irving fait parvenir à Sadim la lettre suivante:

«le 4 décembre 1970

Sadim Oil and Gas Co. Ltd.,
5112—3rd Street SE
C.P. 5520, Stn. A
Calgary, Alberta
A l'attention de J. R. Crawford
Monsieur,

Objet: Glenwood Sadim Pembina
LSD-2-27-BR-48-6-W-5.

Suite à votre lettre relative à la vente de 50% des intérêts dans le puits de pétrole dont il est question, nous vous avisons que nous nous en porterons acquéreurs moyennant le prix pour lequel vous les avez mis en vente, soit $20,000. La somme sera payée en entier le ou avant le 31 décembre 1970.

Si vous désirez discuter davantage cette affaire, veuillez communiquer avec le soussigné.

Bien à vous,
IRVING INDUSTRIES (IRVING
WIRE PRODUCTS DIVISION) LTD.
Harry A. Irving
HAI/jm Président»

On doit remarquer, en raison de l'entente sur les questions en litige mentionnées plus loin, que cette lettre a été jointe comme Pièce 8 à l'exposé des faits convenus. Je pense aussi qu'on devrait noter que cette lettre a été envoyée dans le délai de 30 jours mentionné à la clause 13 de la convention d'exploitation.

10. On December 16th, 1970, solicitors for Irving wrote Sadim as follows:

'December 16th, 1970
K-25,371

Sadim Oil and Gas Co. Ltd.,
5112—3rd Street S.E.,
P.O. Box 5520, Station A,
CALGARY, Alberta.
Attention: Mr. J. R. Crawford
Dear Sir:

Re: Glenwood Sadim Pembina
Lsd. 2-27 BR-48-6 W5M

We are solicitors for Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. and we refer to your letter of November 5, 1970 addressed to our client sent pursuant to Clause 13 of the Operating Agreement of August 1, 1967. We also refer to our client's letter of December 4, 1970 advising that it was prepared to purchase the subject properties on the basis outlined in your letter.

We would ask that you arrange to have your solicitors prepare the required conveyancing documents and forward the same to this office for execution by our client. We would also appreciate your advice as to where you wish the purchase monies of $20,000.00 to be deposited. Your earliest attention and reply would be appreciated.

EFM/mr Very truly yours,
cc. Mr. H. Irving E. F. McRory'

11. On December 28th, solicitors for Irving wrote Sadim as follows:

'December 28th, 1970
K-25,371

Sadim Oil and Gas Co. Ltd.,
5112-3rd Street S.E.,
P.O. Box 5520, Station A,
CALGARY, Alberta
Attention: Mr. J. R. Crawford
Dear Sir:

Re: Glenwood Sadim Pembina Lsd. 2-27 BR-48-6 W5M

Reference is made to our letter of December 16th, 1970 with reference to the sale of the subject properties to Irving Industries (Irving

10. Le 16 décembre 1970, les procureurs d'Irving ont fait parvenir à Sadim la lettre suivante:

«le 16 décembre 1970
K-25,371

Sadim Oil and Gas Co. Ltd.,
5112—3rd Street S.E.,
C.P. 5520, Station A,
CALGARY, Alberta
A l'attention de M. J. R. Crawford
Monsieur,

Objet: Glenwood Sadim Pembina Lsd.
2-27 BR-48-6 W5M

Nous représentons Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. et nous vous renvoyons à votre lettre du 5 novembre 1970 adressée à notre cliente conformément à la clause 13 de la convention d'exploitation du 1er août 1967. Nous vous renvoyons aussi à la lettre de notre cliente du 4 décembre 1970 où celle-ci vous avisait qu'elle était disposée à se porter acquéreur des biens dont il est question selon les modalités énoncées dans votre lettre.

Nous vous demandons de faire le nécessaire pour que vos procureurs préparent les documents requis pour le transfert et les fassent parvenir à notre bureau pour qu'ils soient signés par notre cliente. Veuillez également nous indiquer le lieu du dépôt des $20,000 du prix d'achat. Votre attention immédiate et une prompte réponse nous obligeraient.

EFM/mr Bien à vous,
cc. M. H. Irving E. F. McRory»

11. Le 28 décembre, les procureurs d'Irving ont fait parvenir à Sadim la lettre suivante:

«le 28 décembre 1970
K-25,371

Sadim Oil and Gas Co. Ltd.,
5112 - 3rd Street S.E.,
C.P. 5520, Station A,
CALGARY, Alberta
A l'attention de M. J. R. Crawford
Monsieur:

Objet: Glenwood Sadim Pembina Lsd. 2-27 BR-48-6 W5M

Nous vous renvoyons à notre lettre du 16 décembre 1970 au sujet de la vente des biens mentionnés à Irving Industries (Irving Wire Prod-

Wire Products Division) Ltd. To date we do not appear to have received an acknowledgement or reply to our letter. In view of the fact that our client would prefer to have this transaction go through prior to December 31, 1970, your earliest attention and reply is solicited.

Very truly yours,
EFM/mr E. F. McRORY'

12. By agreements dated January 5th, 1971, Sadim assigned to Long Island its entire interest in the 'Jointly Held Lands' in Consideration of $20,000.00 which was paid.

13. The parties agree that Long Island is in a position to convey to Irving in the event it be determined the plaintiffs are entitled to specific performance.

Finally, the parties in their agreed statement of facts define the points in issue by means of paragraphs 14 and 15, in terms as follows:

'14. POINTS IN ISSUE

There are three main points in issue in these proceedings for determination by this Honourable Court:

(a) Does Clause 13 of Exhibit 1 offend the rule against perpetuities in which case such clause is of no force and effect whatsoever;

(b) If Clause 13 does not offend the rule against perpetuities then is the said clause applicable in any event under the circumstances of this case;

(c) Was the letter Exhibit 8 notice to purchase at the same price and terms of the purchase by Long Island so as to comply with the requirements of Clause 13 of Exhibit 1.

15. In the event that it is found that the rule against perpetuities is not offended by Clause 13 of Exhibit 1, and the said Clause 13 is applicable to the circumstances of this case, and in the event the said letter Exhibit 8 does comply with the requirements of Clause 13 of Exhibit 1, then are the Plaintiffs entitled to an Order for specific

ucts Division) Ltd. Il ne semble pas que nous ayons reçu jusqu'à présent d'accusé de réception ou de réponse. Vu que notre client préférerait compléter ce marché avant le 31 décembre 1970, nous vous prions d'accorder votre attention à cette affaire et de nous répondre aussitôt que possible.

Bien à vous,
EFM/mr E. F. McRORY»

12. Par des accords en date du 5 janvier 1971, Sadim a cédé à Long Island la totalité de ses intérêts dans les «biens-fonds détenus conjointement» moyennant la somme de $20,000 qui a été versée.

13. Les parties reconnaissent que Long Island est en mesure de transférer à Irving ce qu'elle détient si on décide que les demanderesses ont droit à l'exécution même du contrat.

Enfin, dans l'exposé des faits convenus, les parties précisent, aux paragraphes 14 et 15, les questions en litige de la façon suivante:

14. QUESTIONS EN LITIGE

Dans ces procédures, cette honorable Cour a trois principales questions à décider:

*a*) Est-ce que la clause 13 de la Pièce 1 va à l'encontre de la règle contre la pérennité (*rule against perpetuities*), ce qui rendrait cette clause tout à fait nulle?

*b*) Si la clause 13 ne va pas à l'encontre de cette règle, s'applique-t-elle alors de toute façon dans les circonstances de cette affaire?

*c*) Est-ce que la lettre, Pièce 8, soit l'avis de se porter acquéreur au même prix que celui offert par Long Island et selon les mêmes conditions, était conforme aux exigences de la clause 13 de la Pièce 1?

15. S'il est décidé que la règle contre la pérennité n'est pas violée par la clause 13 de la Pièce 1, et que ladite clause 13 s'applique aux circonstances en l'espèce, et si ladite lettre, Pièce 8, est conforme aux exigences de la clause 13 de la Pièce 1, les demanderesses ont-elles alors droit à une ordonnance d'exécution de l'obligation même, soit le

performance conveying the entire interest formerly owned by Sadim to the Plaintiffs in return for the sum of $20,000.00 and in the event the Defendants are unable to convey the said working interest then a Direction that there be trial of an issue as to the damage sustained by the Plaintiffs as a result of such non-conveyance.' "

Counsel for the respondents was advised at the conclusion of the argument submitted by counsel for the appellants that we did not need to hear further argument respecting the issues defined in paragraphs (b) and (c). We were all in agreement with the views expressed by the trial judge and the majority of the Appellate Division with respect to those points.

The major question, which remains to be determined, is as to whether the provisions of cl. 13 offend against the rule against perpetuities.

In considering the application of the rule against perpetuities in the circumstances of the present case it is useful to consider its background. The history of the rule is outlined in Cheshire's *Modern Real Property*, 10th ed., at pp. 234 and 235, as follows:

The history of the rules whereby settlors have been prevented from limiting remote interests, is the history of a conflict between two antagonistic ideas. On the one hand there is the desire of the man of means to regulate the future enjoyment of his property for as long a period as possible. The right of making a settlement or a will is a potent weapon in the hands of a declining man, and unless human nature is transformed, the opportunity it offers of fixing the pecuniary destinies of the coming generations will not be neglected. A landowner, unless he gives thought to the fiscal consequences, is not always content to leave a large estate at the free disposal of a son. Old age especially, satisfied with its own achievements and often irritated by the apparent follies of a degenerate time, is inclined to restrain each generation of beneficiaries within close limits, and to provide for a series of limited interests. A landowner views the free power of alienation with complacency when it resides in his own hand, but he does not feel the same equanimity with regard to its transfer to others.

transfert de la totalité des intérêts appartenant autrefois à Sadim aux demanderesses moyennant la somme de $20,000 et si les défenderesses sont dans l'impossibilité de transférer lesdits intérêts, alors les demanderesses ont-elles droit à un procès sur la question des dommages subis par elles comme conséquence de cette impossibilité de faire le transfert?»

A la fin du plaidoyer de l'avocat des appelantes, nous avons avisé l'avocat des intimées que nous n'avions pas besoin d'entendre d'autres arguments sur les questions précisées aux alinéas *b)* et *c)*. Sur ces points, nous sommes tous d'accord avec le juge de première instance et la majorité de la Division d'appel.

La question principale qui reste à décider est si les dispositions de la cl. 13 vont à l'encontre de la règle contre la pérennité.

En considérant l'application de la règle contre la pérennité dans les circonstances de la présente affaire, il convient d'examiner la source de cette règle. Cheshire en fait l'historique dans *Modern Real Property*, 10e éd. aux pp. 234 et 235, comme suit:

[TRADUCTION] L'historique des règles qui ont empêché les constituteurs de rente de restreindre les avantages éloignés, est l'historique d'un conflit entre deux conceptions opposées. D'un côté, il y a le désir de l'homme qui a les moyens de pourvoir à la jouissance future de ses biens pour une période aussi longue que possible. Le privilège de constituer une rente ou de faire un testament constitue une arme puissante entre les mains d'un homme au déclin de la vie, et à moins qu'on ne transforme la nature humaine, la possibilité qu'offre ce privilège de déterminer les destinées pécuniaires des générations à venir ne peut être négligée. Un propriétaire foncier, à moins qu'il n'envisage les conséquences fiscales, ne souhaite pas toujours léguer des biens considérables dont son fils pourra disposer librement. Les gens âgés particulièrement, satisfaits de leurs réalisations et souvent irrités par les folies apparentes d'une époque décadente, sont portés à fixer des limites à chaque génération de bénéficiaires et à prévoir une suite d'avantages restreints. Un propriétaire foncier se complaît dans le pouvoir de disposer librement de ses biens lorsqu'il détient lui-même ce pouvoir mais il ne ressent pas la même sérénité lorsqu'il s'agit de la céder à autrui.

"But the freedom of alienation and devise was not congenial to the spirit in which great landowners viewed their land. To preserve their family name and position, 'to keep the land in the family,' seemed to them a desirable and even laudable object, to restrain any individual holder of the land from dealing with it so as to interfere with the interest of subsequent generations of the family in the family land was a necessary means to this end. To contrive restraints on alienation and succession which the law would enforce, to ascertain the furthest limits up to which the law would allow the grasp of the dead hand to be kept on the hand of the living, was the task set by the great landowners before their legal advisers." (Scrutton, *Land in Fetters*, p. 108.)

This aspiration, however, soon aroused the antagonism of the courts. The law is moved, and from the earliest times always has been moved, by a deep-seated antipathy to this human love of power. It is one thing to permit the free power of alienation, another to allow it to be exercised to its own destruction. The view of the law is that no disposition should be allowed which tends to withdraw land from commerce, and in pursuance of this policy two rules have emerged which have successfully prevented the particular evil of "perpetuities," though they are essentially different from each other in nature. The first, directed against inalienable interests and often called the *old rule against perpetuities*, forbids the creation of any form of unbarrable entail; the second, the *modern rule against perpetuities*, invalidates an interest that may vest at too remote a date in the future.

The perpetuity period is defined by Cheshire at p. 240:

At common law, the vesting of an interest may be postponed during the lives of persons in being at the time when the instrument of creation takes effect, plus a further period of twenty-one years after the extinction of the last life. Any interest so limited that it may possibly vest after the expiration of this period is totally void.

«Mais la liberté d'aliéner et de disposer était inconciliable avec la façon dont les grands propriétaires fonciers considéraient leur héritage. Maintenir le nom et la position de leur famille et conserver à l'intérieur de celle-ci la propriété du domaine leur semblaient un objectif désirable et même souhaitable et empêcher un détenteur particulier du domaine de faire des transactions qui iraient à l'encontre des intérêts des générations futures dans le domaine familial était un moyen nécessaire pour parvenir à cette fin. Les grands propriétaires fonciers chargeaient leurs conseillers juridiques d'imposer des restrictions, en demeurant dans les limites de la loi, au droit d'aliéner et de léguer par testament pour les plus longues périodes possibles au cours desquelles la volonté du défunt pourrait régir les actes de ses héritiers.» (Scrutton, *Land in Fetters*, p. 108.)

Toutefois cette aspiration a eu tôt fait de susciter la désapprobation des tribunaux. Cet attachement de l'homme au pouvoir a toujours provoqué une profonde antipathie chez les juristes, et cela remonte aux temps les plus lointains. C'est une chose de permettre le libre exercice du pouvoir d'aliénation, mais c'en est une autre que de permettre qu'il provoque son autodestruction. Le droit vise à interdire toute clause qui chercherait à retirer un bien-fonds de la circulation, et dans l'application de cette politique se sont dégagées deux règles qui ont réussi à enrayer ce mal particulier que sont les «obligations à perpétuité» («perpetuities»), bien que par leur nature ces deux règles diffèrent essentiellement l'une de l'autre. La première, dirigée contre les avantages inaliénables est souvent appelée l'*ancienne règle contre la pérennité*, défend la création de toute forme de substitution non ouvrable; la seconde, la *règle moderne contre la pérennité* invalide un droit ou intérêt qui peut être dévolu à une époque trop lointaine.

Cheshire, à la p. 240, définit la «*perpetuity period*»:

[TRADUCTION] Selon la *common law*, la dévolution d'un droit peut être différée durant la vie des personnes conçues ou nées au moment où l'acte constitutif prend effet, plus une période de vingt et un ans après le décès de la dernière de ces personnes. Tout droit restreint de façon à être dévolu après l'expiration de cette période est tout à fait nul.

The question to be determined is as to the applicability of this rule, which is not a statutory provision, but was created judicially, in the circumstances of this case.

The statement of facts refers to a farmout agreement. Decklab Petroleum Corporation was lessee under a petroleum and natural gas lease from the Crown. By its agreement with Glenwood Development Corporation Ltd., in consideration of a covenant for a gross overriding royalty payable by Glenwood to Decklab, Glenwood was given the right to acquire, by the drilling of one or more wells on the leased lands, the rights of Decklab under the lease in one or more quarter sections of land out of the section of land which was the subject-matter of the lease. Glenwood did earn the rights which are involved in this case.

Having acquired such rights, Glenwood made the agreement dated August 1, 1966, whereby the appellant Sadim became the owner of an undivided share or interest in the lands in question. That agreement commenced with the following recital:

> WHEREAS the parties hereto each have an undivided share or interest in certain lands (hereinafter called "the Jointly Held Lands") and desire to enter into an agreement for the joint operation and development of the Jointly Held Lands;

This agreement was one which governed the joint operation and development of certain oil properties. Clause 13, which is the important clause under consideration in this case, was a part of that agreement. It was one of the conditions governing the joint ownership of the property. It was designed to protect the desire of each of the joint owners that it should not be forced into a joint ownership with another party against its will.

The respondents Irving became successors to Glenwood, with the assent of Sadim. Irving and Sadim were parties to an agreement dated August 1, 1967. The agreement of August 1, 1966, above mentioned, was incorporated into and became a part of the later agreement.

Il s'agit de déterminer si cette règle, qui n'est pas une disposition législative mais judiciaire, s'applique en l'espèce.

L'énoncé des faits mentionne une convention d'amodiation. Decklab Petroleum Corporation détenait de la Couronne une concession de pétrole et de gaz naturel. En vertu de l'entente avec Glenwood Development Corporation Ltd., moyennant une redevance dérogatoire brute payable par Glenwood à Decklab, Glenwood pouvait acquérir, en forant un ou plusieurs puits dans les lieux loués, les droits que Decklab détenait en vertu de la concession. Elle pouvait acquérir ces droits par tranches d'un quart du bien-fonds qui faisait l'objet de la concession. Glenwood a effectivement acquis les droits qui font l'objet du litige.

Propriétaire de ces droits, Glenwood a conclu un accord le 1er août 1966, en vertu duquel l'appelante Sadim est devenue propriétaire d'une part d'intérêts indivise dans les biens-fonds en question. Cette convention débutait par l'énoncé suivant:

> [TRADUCTION] ATTENDU QUE les parties aux présentes détiennent chacune une part ou un intérêt indivis dans certains biens-fonds (ci-après appelé les biens-fonds détenus conjointement) et désirent conclure une convention pour l'exploitation et l'aménagement conjoints des biens-fonds détenus conjointement;

Cette convention régissait l'exploitation et l'aménagement conjoints de certains gisements pétroliers. La clause 13, la clause importante en l'espèce, était incluse dans cette convention. C'était l'une des conditions relatives à la propriété conjointe des biens-fonds. Elle visait à protéger la volonté de chacun des co-propriétaires de ne pas être contraint de participer contre son gré à une co-propriété avec un tiers.

Sadim a accepté que Irving succède à Glenwood. Irving et Sadim ont signé une convention le 1er août 1967. La convention du 1er août 1966, mentionnée plus haut, et a été incorporée et est devenue partie intégrante de la dernière convention.

The submission of the appellants is that cl. 13 gave to each of the parties an equitable interest in the land which might not vest until after the period limited by the rule against perpetuities and was, therefore, void. Reliance was placed on the judgment of the English Court of Appeal in *London and South Western Railway Co. v. Gomm*[2], and on the judgment of this Court in *Frobisher Ltd. v. Canadian Pipelines & Petroleums Ltd.* et al.[3]

The *Gomm* case involved an indenture dated August 10, 1865, between the London and South Western Railway Company and George Powell, by which the railway company conveyed to Powell a parcel of land no longer required for the purposes of the railway. Powell, for himself, his heirs, executors, administrators and assigns, covenanted with the railway company, its successors and assigns, that he, his heirs and assigns, owner and owners for the time being of the lands intended to be conveyed, and all persons who should or might be interested, should, at any time thereafter, whenever the land might be required for the railway or works of the company, whenever requested by the company, its successors or assigns, by six months' previous written notice and on payment of £100, reconvey the land.

In 1879 Powell sold the lands to Gomm, who had full notice of the contents of the deed of 1865. Notice was given by the railway company to Gomm on March 12, 1880, claiming to repurchase. Gomm refused to reconvey and the railway company sued for specific performance of the covenant in the deed.

The case was first heard by Kay J., who held that the covenant did not create any estate or interest in land and, therefore, was not obnoxious to the rule against perpetuities. He held that

[2] (1882), 20 Ch. D. 562.
[3] [1960] S.C.R. 126.

La prétention des appelantes est que la cl. 13 donnait à chacune des parties un droit équitable sur le bien-fonds qui aurait pu n'être dévolu qu'après l'expiration de la période prescrite par la règle contre la pérennité et était par conséquent nulle. On s'est basé sur le jugement de la Cour d'appel d'Angleterre dans *London and South Western Railway Co. v. Gomm*[2], et sur l'arrêt de cette Cour dans *Frobisher Ltd. c. Canadian Pipelines & Petroleums Ltd. et al.*[3]

Dans l'affaire *Gomm*, il s'agissait d'un contrat daté le 10 août 1865, entre London and South Western Railway Company et George Powell, par lequel la société ferrovière cédait à Powell une parcelle de terrain dont elle n'avait plus besoin pour les fins de son chemin de fer. Powell, personnellement et au nom de ses héritiers, exécuteurs, administrateurs et ayants droit, avait convenu avec la société ferrovière, ses successeurs et ayants droit, que lorsque lui, ses héritiers ou ayants droit seraient devenus propriétaires des terrains devant faire l'objet de la cession, ainsi que toutes les personnes qui auraient ou pourraient avoir des intérêts dans ces terrains, devraient, en tout temps, si la société venait à avoir besoin du terrain pour son chemin de fer ou ses ouvrages et si la société, ses successeurs ou ayants droit en faisaient la demande en donnant un pré-avis par écrit de six mois et moyennant le paiement de la somme de £100, rétrocéder le terrain.

En 1879, Powell vendit les terrains à Gomm qui connaissait parfaitement les termes du contrat de 1865. Le 12 mars 1880, la société ferrovière avisait Gomm de son intention de racheter le terrain. Gomm refusa de le rétrocéder et la société ferrovière intenta des procédures demandant l'exécution même de la stipulation.

En première instance, l'affaire a été entendue par le juge Kay qui décida que la stipulation ne grevait le terrain d'aucun droit réel et que, par conséquent, elle n'allait pas à l'encontre de la

[2] (1882), 20 ch. D. 562.
[3] [1960] R. C. S. 126.

Gomm was bound by the covenant in the deed on the principle of *Tulk v. Moxhay*[4].

On appeal it was held that the covenant gave to the railway company an executory interest in land, to arise on an event which might occur after the period allowed by the rules as to remoteness, and was invalid.

Jessel M.R., at p. 580, after referring to the covenant giving the right of repurchase, said:

> If then the rule as to remoteness applies to a covenant of this nature, this covenant clearly is bad as extending beyond the period allowed by the rule. Whether the rule applies or not depends upon this as it appears to me, does or does not the covenant give an interest in the land? If it is a bare or mere personal contract it is of course not obnoxious to the rule, but in that case it is impossible to see how the present Appellant can be bound. He did not enter into the contract, but is only a purchaser from Powell who did. If it is a mere personal contract it cannot be enforced against the assignee. Therefore the company must admit that it somehow binds the land. But if it binds the land it creates an equitable interest in the land. The right to call for a conveyance of the land is an equitable interest or equitable estate. In the ordinary case of a contract for purchase there is no doubt about this, and an option for repurchase is not different in its nature. A person exercising the option has to do two things, he has to give notice of his intention to purchase, and to pay the purchase-money; but as far as the man who is liable to convey is concerned, his estate or interest is taken away from him without his consent, and the right to take it away being vested in another, the covenant giving the option must give that other an interest in the land.

The *Frobisher* case was not concerned with the application of the rule against perpetuities, but was concerned with the question as to whether an option to purchase certain mining claims in Saskatchewan created an interest in those claims. Regulations enacted pursuant to the Saskatchewan *Mineral Resources Act*, R.S.S. 1953, c. 47, provided that no person or

[4] (1848), 2 Ph. 744, 41 E.R. 1143.

règle contre la pérennité. Il décida, en se basant sur le principe énoncé dans l'arrêt *Tulk v. Moxhay*[4], que Gomm était lié par la stipulation.

En appel, il a été décidé que la stipulation donnait à la société ferrovière un droit exécutoire sur le terrain conditionnel à l'accomplissement d'un fait qui pouvait se produire après la période permise par les règles applicables, et était invalide.

M. Jessel, maître des rôles, à la p. 580, après avoir mentionné la stipulation concernant le droit de rachat, déclarait:

> [TRADUCTION] Si la règle relative à la période maximum s'applique à une stipulation de cette nature, cette stipulation est clairement irrégulière puisqu'elle prolonge la période permise par la règle. Selon moi, la question de l'application de la règle dépend de celle de savoir si la stipulation crée un droit sur le terrain. S'il s'agit d'un simple contrat personnel, elle ne va pas naturellement à l'encontre de la règle mais alors il est impossible de voir comment l'appelant pourrait être lié. Il n'a pas été partie au contrat; il a acheté à Powell qui lui a été partie. S'il s'agit simplement d'un contrat personnel, il ne peut être exécutoire contre le cessionnaire. Ainsi, la société doit admettre que le contrat grève le terrain de quelque façon. Mais si le contrat grève le terrain, il crée un droit en *equity* sur celui-ci. Le droit de demander le transfert du terrain est un droit ou un avantage en *equity*. Dans le cas ordinaire d'un contrat d'achat, il n'y a pas de doute à ce sujet et un droit de rachat n'est pas de nature différente. Une personne qui lève l'option a deux choses à faire, elle doit donner avis de son intention d'acheter et payer le prix d'achat; mais en ce qui concerne la personne qui doit faire le transfert, son avantage ou son droit lui est retiré sans son consentement, et vu que ce privilège de reprise est cédé à un autre, la stipulation d'option doit lui donner un droit sur le bien-fonds.

L'affaire *Frobisher* ne concernait pas l'application de la règle contre la pérennité, mais la question de savoir si une option sur certains claims miniers en Saskatchewan créait un droit sur ces claims. Les règlements établis sous l'empire du *Mineral Resources Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1953, c. 47, décrètent qu'une personne ou compagnie qui n'est pas porteur d'un

[4] (1848), 2 Ph. 744, 41 E.R. 1143.

company not a holder of a licence could acquire any mineral claim or any right or interest therein. The optionee did not have such a licence when the option was obtained.

The majority of this Court followed the *Gomm* case to hold that the option did create an interest in the mining claims. Judson J., at p. 169, said:

> Does an option to purchase land give rise to an equitable interest in land? The question has usually been considered in connection with conveyances and leases and the rule against perpetuities, and it has been held that the option is too remote if it can be exercised beyond the perpetuity period. The underlying theory is that the option to purchase land does create an equitable interest because it is specifically enforceable. There is a right to have the option held open and this is similar to the right that arises when a purchaser under a firm contract may call for a conveyance. In both cases there is an equitable interest but in the case of the option it is a contingent one, the contingency being the election to exercise the option.

The rationale for the conclusions reached in these cases is, I think, accurately stated in a passage from Morris and Leach, *The Rule Against Perpetuities*, 2nd ed., p. 219:

> The reasoning by which this result was reached was as follows. An option to purchase land is specifically enforceable. This gives the optionholder an equitable interest in the land; this interest is contingent upon his election to exercise the option. Contingent interests in land are void unless they must vest (if at all) within the perpetuity period. Therefore, an option to purchase which may be exercised beyond the perpetuity period is void to the extent that it creates an interest in land.

In my opinion this reasoning is not applicable to the right of first refusal provided for in cl. 13.

An option gives to the optionee, at the time it is granted, a right, which he may exercise in the future, to compel the optionor to convey to him the optioned property. As Jessel M.R. puts it in the passage previously cited:

permis ne peut acquérir aucun claim minier ni aucun droit ou intérêt dans celui. Lorsque le droit d'option a été acquis, ce permis n'avait pas été obtenu.

La majorité de cette Cour s'est inspirée de l'affaire *Gomm* pour décider que l'option constituait un droit sur les claims miniers. Le juge Judson a déclaré, à la p. 169:

> [TRADUCTION] Une option d'acheter un bien-fonds crée-t-elle un droit en *equity* sur celui-ci? La question a habituellement été étudiée à propos des cessions et des baux d'une part et la règle contre la pérennité d'autre part, et il a été décidé que le délai pour exercer le droit d'option est trop long s'il peut être exercé au-delà de la «*perpetuity period*». La théorie fondamentale est que l'option d'acheter un bien-fonds crée effectivement un droit en *equity* parce qu'on peut exiger l'exécution de l'obligation même. Il existe un privilège de réserver son droit d'option qui est semblable à celui qu'obtient l'acheteur, en vertu d'un contrat établi, de pouvoir exiger un transfert. Il existe dans les deux cas un droit en *equity*, mais dans le cas de l'option le droit est éventuel. L'éventualité consiste dans le choix de lever l'option.

Je crois que le principe appliqué dans ces décisions est très bien exposé dans un extrait de Morris and Leach, *The Rule Against Perpetuities*, 2e éd., p. 219:

> [TRADUCTION] Le raisonnement qui a conduit à cette conclusion a été le suivant. Une option d'acheter un bien-fonds est une obligation dont on peut exiger l'exécution même. Cela donne au détenteur de l'option un droit en *equity* sur le bien-fonds, droit qui dépend du choix de ce détenteur de lever l'option. Les droits éventuels sur le bien-fonds sont nuls à moins qu'ils puissent être dévolus (si la dévolution est possible) dans les limites de la «*perpetuity period*». Par conséquent, une option d'achat qui peut être levée au-delà de la «*perpetuity period*» est nulle dans la mesure où elle crée un droit sur le bien-fonds.

A mon avis ce raisonnement ne s'applique pas au droit de préemption énoncé à la cl. 13.

Une option, lorsqu'elle est accordée, donne à l'optant le droit, qu'il peut exercer à l'avenir, d'obliger l'optionnaire à lui céder les biens qui font l'objet de l'option. Comme M. Jessel, maître des rôles, le mentionne dans l'extrait précité:

. . . but as far as the man who is liable to convey is concerned, his estate or interest is taken away from him without his consent, and the right to take it away being vested in another, the convenant giving the option must give that other an interest in the land.

In other words, the essence of an option to purchase is that, forthwith upon the granting of the option, the optionee upon the occurrence of certain events solely within his control can compel a conveyance of the property to him.

Clause 13 did not give to the respondents any present right to require in the future a conveyance of Sadim's undivided one-half interest in the land. It was not specifically enforceable at the time the agreement was executed. The respondents were not given any right to take away Sadim's interest without its consent. Their right under that clause was a contractual right, *i.e.*, the covenant of Sadim that if it was prepared to accept an offer to sell its interest, the respondents would then, and only then, have a 30-day option to purchase on the same terms. The contingency in this clause is resolved solely upon the decision of Sadim to sell.

I am in agreement with the views expressed in a judgment of the Circuit Court of Appeal, Fifth Circuit, by Strum, District Judge, in the case of *Weber v. Texas Co.*[5], at p. 808:

The rule against perpetuities springs from considerations of public policy. The underlying reason for and purpose of the rule is to avoid fettering real property with future interests dependent upon contingencies unduly remote which isolate the property and exclude it from commerce and development for long periods of time, thus working an indirect restraint upon alienation, which is regarded at common law as a public evil.

He then cites a number of authorities for this proposition including the *Gomm* case, *supra*. He goes on to say:

The option (it was in fact a right of first refusal) under consideration is within neither the purpose of nor the reason for the rule. This is not an exclusive

[5] (1936), 83 F. 2d 807.

[TRADUCTION] . . . mais en ce qui concerne la personne qui doit faire le transfert, son avantage ou son droit lui est retiré sans son consentement, et vu que ce privilège de reprise est cédé à un autre, la stipulation d'option doit lui donner un droit sur le bien-fonds.

En d'autres mots, la nature d'une option d'achat est de donner à l'optant, après que l'option a été accordée, le privilège d'exiger qu'on lui transfère la propriété si certains faits, dont il a seul le contrôle, se produisent.

La clause 13 ne donnait aux intimées aucun droit actuel d'exiger ultérieurement de Sadim un transfert de sa moitié indivise des intérêts dans le bien-fonds. Au moment de la signature de la convention, la clause n'était pas exécutoire. Aucun droit n'a été donné aux intimées d'acquérir la part de Sadim sans son consentement. Leur droit sous le régime de cette clause était contractuel, c'est-à-dire qu'il était convenu que si Sadim était disposé à vendre sa part, les intimées auraient alors, et seulement dans ce cas, trente jours pour s'en porter acquéreur aux mêmes conditions. Dans cette clause, l'éventualité dépend uniquement de la décision de Sadim de vendre sa part.

Je suis d'accord avec l'opinion exprimée dans un arrêt de la Cour d'appel de Circuit (cinquième Circuit) par le juge de district Strum, dans l'affaire *Weber v. Texas Co.*[5], à la p. 808:

[TRADUCTION] La règle contre la pérennité est fondée sur des considérations d'ordre public. La raison sous-jacente à cette règle est d'éviter que des biens-fonds soient grevés de droits futurs subordonnés à des faits éventuels indûment lointains, ce qui a pour effet d'isoler le bien-fonds et d'empêcher qu'il soit mis en circulation ou aménagé durant de longues périodes, limitant ainsi indirectement le droit d'aliénation, chose que la *common law* considère contraire à l'ordre public.

Il cite ensuite à l'appui de cette thèse des précédents dont l'affaire *Gomm, supra*. Et il ajoute:

[TRADUCTION] L'option (il s'agissait en réalité d'un droit de préemption) n'était d'aucune façon visée par la règle. Ce n'était pas une option exclusive en faveur

[5] (1936), 83 F. 2d 807.

option to the lessee to buy at a fixed price which may be exercised at some remote time beyond the limit of the rule against perpetuities, meanwhile forestalling alienation. The option simply gives the lessee the prior right to take the lessor's royalty interest at the same price the lessor could secure from another purchaser whenever the lessor desires to sell. It amounts to no more than a continuing and preferred right to buy at the market price whenever the lessor desires to sell. This does not restrain free alienation by the right to buy. The lessee cannot prevent a sale. His sole right is to accept or reject as a preferred purchaser when the lessor is ready to sell. The option is therefore not objectionable as a perpetuity.

The question as to whether a right of first refusal constituted an interest in land was considered by the English Court of Appeal in *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*[6] the Court had to consider a provision in an agreement between these two companies which read, in part, as follows:

3. If and whenever the lands and hereditaments belonging to the racecourse company, and now used as a racecourse, shall cease to be used as a racecourse, or should the aforesaid lands and hereditaments be at any time proposed to be used for dock purposes, then and in either of such cases the racecourse company shall give to the canal company the first refusal of the aforesaid land and hereditaments en bloc . . . .

This agreement was scheduled to an Act of Parliament, which declared it to be valid and binding upon the parties thereto.

The racecourse company had offered to sell the lands in question to the canal company for £350,000. At that time the racecourse company already had an offer to purchase from the Trafford Park Company, which wished to use the land for dock purposes, for £250,000. The canal company offered £200,000, which was not accepted, and the racecourse company later sold the land to the Trafford Park Company for £280,000. The latter company had knowledge of

[6] [1901] 2 Ch. 37.

du locataire d'acheter à un prix donné et qui aurait pu être levée à quelque époque lointaine, après l'expiration de la période prévue par la règle contre la pérennité, empêchant pendant ce temps toute aliénation. L'option donne simplement au locataire le privilège de se porter acquéreur des intérêts du locateur dans les redevances au même prix que ce dernier pourrait obtenir d'un autre acheteur quand il veut les vendre. Cela ne donne pas plus qu'un privilège continu d'acheter au prix du marché lorsque le locateur désire vendre. Ce droit d'acheter ne restreint pas la liberté d'aliéner. Le locataire ne peut empêcher une vente. Tout ce qu'il peut faire en vertu de son privilège d'achat, c'est d'accepter ou de refuser l'offre lorsque le locateur est prêt à vendre. Le droit d'option n'est pas par conséquent opposable à titre d'obligation perpétuelle.

La question de savoir si un droit de préemption constitue un droit ou intérêt dans un bien-fonds a été examinée par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*[6] Le tribunal a eu à examiner une clause dans la convention entre les deux sociétés qui mentionnait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] 3. Lorsque les biens-fonds et immeubles appartenant à la société de l'hippodrome, actuellement utilisés comme piste de course, cesseront d'être utilisés à cette fin, ou si en aucun temps on projetait de s'en servir pour des fins portuaires, alors, dans l'un ou l'autre de ces cas, la société de l'hippodrome devra donner à la société du canal un droit de préemption pour l'acquisition en bloc desdits biens-fonds et immeubles. . . .

Cette convention faisait partie d'une annexe à une loi du Parlement, qui a été reconnue valide et obligatoire à l'égard des parties.

La société de l'hippodrome a offert de vendre les biens-fonds mentionnés à la société du canal moyennant £350,000. A ce moment-là, la société de l'hippodrome avait déjà eu une offre d'achat de £250,000 de Trafford Park Company qui désirait utiliser les biens-fonds à des fins portuaires. La société du canal a offert £200,000, somme qui n'a pas été acceptée, et la société de l'hippodrome a par la suite vendu les biens-fonds à Trafford Park Company moyen-

[6] [1901] 2 Ch. 37.

the provision in question and agreed to indemnify the racecourse company in respect of any claim under that clause.

Farwell J., at the trial, held that the racecourse company could not sell the racecourse without offering it to the canal company at the actual price offered by the Trafford Park Company. He held, on the authority of *London and South Western Railway Co. v. Gomm, supra,* that the right of first refusal gave the canal company an interest in the land which could be enforced by it against the Trafford Park Company.

The Court of Appeal held that the clause did not create any interest in the land in the canal company. This decision did not lead the Court to the conclusion stated by Jessel M.R. in the *Gomm* case, that, in the absence of its having an interest in land, the canal company had no right which could be enforced against the Trafford Park Company. It was held that the clause involved a negative covenant whereby the racecourse company agreed not to part with the racecourse to anyone else without giving the canal company first refusal and that, consequently, the clause could be enforced as against the Trafford Park Company by the canal company within the principle of *Lumley v. Wagner*[7].

The *Gomm* case was not specifically mentioned in the judgment of the Court of Appeal, but it had been relied upon in the judgment at trial and had been cited in argument before the Court of Appeal. The judgment of that Court was a reserved judgment. In view of this it seems clear that the Court of Appeal was of the opinion that the reasoning in the *Gomm* case, relating to an option, was not applicable to the clause under consideration giving a right of first refusal.

Goulding J., in the recent case of *Murray v. Two Strokes Ltd.*[8], based his decision on the

[7] (1852), 1 De G. M. & G. 604, 42 E.R. 687.
[8] [1973] 3 All E.R. 357.

nant £280,000. Cette dernière compagnie connaissait la clause en question et a convenu d'indemniser la société de l'hippodrome contre toute réclamation découlant de cette clause.

En première instance, le juge Farwell a décidé que la société de l'hippodrome ne pouvait vendre la piste de course sans l'offrir d'abord à la société du canal au prix effectivement offert par Trafford Park Company. Il a conclu, en s'appuyant sur le précédent de *London and South Western Railway Co. v. Gomm, supra,* que le droit de préemption donnait à la société du canal un droit sur le bien-fonds qu'elle pouvait faire valoir contre Trafford Park Company.

La Cour d'appel a décidé que la clause ne créait en faveur de la société du canal aucun droit dans le bien-fonds. Cette décision n'a pas amené la Cour à la conclusion énoncée par le maître des rôles Jessel dans l'affaire *Gomm*, que si la société du canal n'avait aucun droit ou intérêt dans le bien-fonds, elle n'avait aucun droit à faire valoir contre Trafford Park Company. Il a été décidé que la clause comportait une obligation négative en vertu de laquelle la société de l'hippodrome acceptait de ne pas céder la piste de course à quelqu'un d'autre sans l'offrir d'abord à la société du canal et que, par conséquent, celle-ci pouvait faire valoir la clause contre Trafford Park Company conformément aux principes de *Lumley v. Wagner*[7].

L'affaire *Gomm* n'a pas été expressément mentionnée dans l'arrêt de la Cour d'appel. En revanche, le jugement de première instance s'était fondé sur cet arrêt qui avait d'ailleurs été mentionné dans les plaidoiries devant la Cour d'appel. Le jugement de cette cour-là était un jugement réservé. C'est pourquoi il semble clair que la Cour d'appel a été d'avis que le raisonnement dans l'affaire *Gomm* en ce qui concerne une option, ne s'appliquait pas à la clause en litige donnant un droit de préemption.

Le juge Goulding, dans l'affaire récente de *Murray v. Two Strokes Ltd.*[8], a fondé sa déci-

[7] (1852), 1 De G.M. & G. 604, 42 E.R. 687.
[8] [1973] 3 All E.R. 357.

*Manchester* case and says (at p. 361) that: "It has not been suggested that there is any subsequent authority or statute which weakens the force of what Vaughan Williams L.J. said." Vaughan Williams L.J. delivered the judgment of the Court.

Counsel for the appellants relied upon the decision in *Albay Realty Ltd. v. Dufferin-Lawrence Development Ltd.*[9], which involved an agreement giving a right of first refusal. This is an oral judgment delivered at trial. The main ground of decision was not concerned with the rule against perpetuities, which matter is dealt with, very briefly as an additional ground of decision, at the end of the judgment. Reliance was placed on *Gomm*, but the *Manchester* case was not mentioned. The right of first refusal is referred to as "the right or option", and it would appear clear that any differentiation between them was not argued.

In my opinion the right conferred by cl. 13 of the agreement in question here did not create property rights. Each party agreed that upon the occurrence of a certain event, which was within its own control, the other party would have a first right of purchase for a 30-day period. As mentioned previously, the clause is a part of an agreement between joint owners of a property, governing the operation and development of it. In essence it is a negative covenant whereby each party agrees not to substitute a third party as a joint owner with the other, without permitting the other party the opportunity, by meeting the proposed terms of sale, to acquire full ownership.

An agreement which is personal and which does not create an interest in land is not subject to the rule against perpetuities. As Cheshire says (*Modern Real Property*, 10th ed., at p. 258):

It is settled beyond argument that an agreement merely personal, not creating any interest in land, is not within the rule against perpetuities. Therefore, it

[9] (1956), 2 D.L.R. (2d) 604.

sion sur l'arrêt *Manchester* et il déclare (à la p. 361) que: (traduction) «Aucune mention n'a été faite d'un précédent ou d'une loi postérieurs qui affaiblissent la portée de la déclaration du lord juge Vaughan Williams.» Ce dernier a rendu le jugement au nom de la Cour.

L'avocat des appelantes s'est fondé sur la décision *Albay Realty Ltd. v. Dufferin-Lawrence Development Ltd.*[9]., où l'on trouve une convention donnant un droit de préemption. Il s'agit d'un jugement oral rendu au procès. Le motif principal de la décision ne portait pas sur la règle contre la pérennité, question qui a été traitée très brièvement à la fin du jugement comme motif additionnel. On s'est appuyé sur *Gomm* mais l'arrêt *Manchester* n'a pas été mentionné. Le droit de préemption est appelé «le droit ou l'option», et il paraît clair qu'on n'a pas soulevé la distinction entre les termes.

A mon avis, le droit conféré par la cl. 13 de la convention en question n'a pas crée ici de droit réel. Chaque partie a convenu que s'il se produisait un certain événement dépendant de leur propre volonté, l'autre partie aurait un droit de préemption durant une période de trente jours. Comme mentionné antérieurement, la clause fait partie d'une entente entre les co-propriétaires d'un bien, entente qui prévoit l'exploitation et l'aménagement de ce bien. En substance, il s'agit d'une obligation négative par laquelle chaque partie s'engage à ne pas permettre qu'une tierce partie la remplace comme co-propriétaire, sans donner l'occasion à l'autre partie de devenir seul propriétaire en remplissant les conditions de vente prévues.

Une convention qui est un contrat personnel et qui ne crée pas de droit sur un bien-fonds n'est pas assujettie à la règle contre la pérennité. Comme Cheshire le déclare (*Modern Real Property*, 10e éd., à la p. 258):

[TRADUCTION] Il est indiscutable qu'une convention purement, personnelle, qui ne crée aucun droit sur un bien-fonds, n'est pas assujettie à la règle

[9] (1956), 2 D.L.R. (2d) 604.

is not void simply because the obligation it creates may last for an indefinite time.

For the foregoing reasons it is my opinion that the rule against perpetuities has no application to the circumstances of this case.

The remaining issue to be determined is as to whether the respondents are entitled to the decree of specific performance which was granted at trial and sustained on appeal by the Appellate Division.

The position of the appellants is that Sadim has disposed of its undivided half interest in the land to Long Island and that the latter was not a party to the agreement containing cl. 13. It is contended that, if the respondents did not have a property interest in the property acquired by Long Island, they have no rights enforceable as against Long Island.

As I have already indicated, the provisions of cl. 13 involve a negative covenant not to part with Sadim's interest in the land to any other person without giving a first right of refusal to the respondents. This was a restrictive covenant given to the respondents for the benefit of their undivided one-half interest in the land. In equity the covenant bound the appellant Long Island unless it could establish, as clearly on the evidence it could not, that it had obtained title without notice of the covenant.

If the respondents had sought an injunction to prevent Sadim from disposing of the land they would, on the authority of the *Manchester* case, have been entitled to it and the order would bind Long Island. The following passage from the reasons for judgment in the *Manchester* case is applicable here:

It seems, however, from the decision in *Willmott v. Barber* ((1880) 15 Ch. D. 96) that the Trafford Park Company could not obtain a decree for specific performance of a contract for sale and purchase of land, if that sale would be a breach of a prior contract with a third person; and it seems to us to follow that one ought to treat this case on the basis of an action to restrain a breach of a contract threatened to be

contre la pérennité. Par conséquent, elle ne sera pas nulle pour la simple raison que l'obligation stipulée peut durer indéfiniment.

Pour les motifs mentionnés ci-dessus, je suis d'avis que la règle contre la pérennité ne s'applique pas aux circonstances en l'espèce.

La question qui reste à décider est si les intimées ont droit à l'ordonnance d'exécution de l'obligation même qui leur a été accordée en première instance et confirmée en appel par la Division d'appel.

La position des appelantes est que Sadim a cédé sa moitié indivise des intérêts dans le bien-fonds à Long Island et que cette dernière n'était pas partie à la convention contenant la cl. 13. On prétend que, si les intimées n'avaient pas un droit réel sur les biens-fonds acquis par Long Island, elles n'ont aucun recours contre cette dernière.

Comme je l'ai déjà mentionné, les dispositions de la cl. 13 comprennent une obligation négative de la part de Sadim de ne pas céder ses intérêts dans le bien-fonds à une autre personne sans l'offrir en priorité aux intimées. C'était là une clause restrictive accordée aux intimées à titre de privilège rattaché à leur moitié indivise d'intérêts dans le bien-fonds. Selon l'*equity*, Long Island est liée par cette obligation à moins qu'elle ne puisse prouver qu'elle a obtenu son titre sans connaître l'existence de la clause ce qui, d'après la preuve, est impossible.

Si les intimées avaient demandé une injonction pour empêcher Sadim de céder le bien-fonds, elles auraient pu l'obtenir, en se fondant sur l'arrêt *Manchester*, et l'ordonnance aurait lié Long Island. L'extrait suivant des motifs de jugement dans l'arrêt *Manchester* s'applique ici:

[TRADUCTION] Il semble cependant, d'après l'arrêt *Willmott v. Barber* ((1880) 15 Ch. D. 96) que Trafford Park Company ne pourrait obtenir une ordonnance demandant l'exécution même du contrat en vue de la vente et de l'achat du bien-fonds si la vente entraînait la violation d'un contrat antérieur fait avec une tierce personne; et il nous semble s'ensuivre qu'il faille traiter cette affaire comme une action en vue

carried out in pursuance of a subsequent contract by the defendant with a third person having full knowledge of the first contract. This seems to bring the case within the principle of *Lumley v. Wagner* [*supra*]. The contract here to give the canal company the "first refusal" involves a negative contract not to part with the land to any other company or person without giving that first refusal. If the action had been brought against the racecourse company, the party to the contract, alone, the injuction asked for could not have been granted without affecting the rights and interests of the Trafford Park Company. They are necessary parties to the action, just as Mr. Gye was a necessary party to the action of *Lumley v. Wagner*, for to grant the injunction in that case was to prevent Miss Wagner from carrying out her contract to sing at Mr. Gye's opera-house; and, if the defendant, thus brought in, comes and insists on his right to have the second contract carried out, we do not see why the injunction should not be granted against him.

d'empêcher une violation d'un contrat dont l'exécution est imminente en vertu d'un contrat subséquent par la défenderesse avec une tierce personne qui connaissait pleinement la teneur du premier contrat. Cette situation semble s'apparenter au principe de *Lumley v. Wagner* [*supra*]. Le contrat ici qui donne à la société du canal le droit de préemption comporte une obligation négative de ne pas céder le terrain à un autre personne ou société sans permettre l'exercice de ce droit de préemption. Si l'action avait été intentée seulement contre la société de l'hippodrome, qui était partie au contrat, l'injonction demandée n'aurait pu être accordée sans porter atteinte aux droits et intérêts de Trafford Park Company. Celle-ci était une partie nécessaire à l'action, comme M. Gye l'était dans *Lumley v. Wagner*, puisque le prononcé de l'injonction dans cette cause-là visait à empêcher M^lle^ Wagner de donner suite à son contrat de chanter à l'opéra de M. Gye; et si le défendeur, ainsi appelé, intervient et insiste sur son droit à l'exécution du second contrat, nous ne voyons pas pourquoi l'injonction ne devrait pas être accordée contre lui.

In this case Sadim did convey its interest in the land to Long Island, which took its title with full knowledge of the requirements of the restrictive covenant. This being so, I do not consider that the position of Long Island as against the respondents should be improved because Sadim had actually acted in breach of its commitment to the respondents, by assigning its interest to Canadian Long Island. This is a proper case for the application of the proposition stated in *Fry on Specific Performance*, 6th ed., p. 90:

> § 205. Generally a stranger to the contract is not a proper defendant to an action for enforcing it. But this general rule is subject to exceptions.
>
> § 206. If a stranger to the contract gets possession of the subject-matter of the contract with notice of it, he is or may be liable to be made a party to an action for specific performance of the contract upon the equitable ground of his conscience being affected by the notice.

En l'espèce, Sadim a effectivement cédé ses intérêts dans le bien-fonds à Long Island, qui a accepté le titre connaissant parfaitement les exigences de la clause restrictive. Ainsi, je ne considère pas que la position de Long Island vis-à-vis des intimées devrait être plus favorable parce que Sadim a effectivement violé ses engagements envers les intimées en cédant ses intérêts à Canadian Long Island. C'est un cas qui permet à juste titre d'appliquer la proposition énoncée dans *Fry on Specific Performance*, 6^e^ éd., p. 90:

> [TRADUCTION] § 205. En thèse générale, quelqu'un qui n'est pas partie au contrat n'est pas un défendeur régulier dans une action visant son exécution. Mais il y a des exceptions à cette règle générale.
>
> § 206. Si quelqu'un qui n'est pas partie au contrat devient en possession de l'objet du contrat dont il connait les termes, il est partie ou il peut devenir partie à une action visant l'exécution même du contrat selon le motif d'*equity* qu'il est touché par cette connaissance.

I would dismiss the appeals with costs.

Je suis d'avis de rejeter les appels avec dépens.

*Appeals dismissed with costs.*

*Appels rejetés avec dépens.*

*Solicitors for the defendant, appellant, Canadian Long Island Petroleums Ltd.: Macleod, Dixon, Burns, Love & Montgomery, Calgary.*

*Solicitors for the defendant, appellant, Sadim Oil & Gas Co. Ltd.: Milner & Steer, Edmonton.*

*Solicitors for the plaintiffs, respondents: Howard, Moore, Dixon, Mackie & Forsyth, Calgary.*

*Procureurs de la défenderesse, appelante, Canadian Long Island Petroleums Ltd.: Macleod, Dixon, Burns, Love, Lomas & Montgomery, Calgary.*

*Procureurs de la défenderesse, appelante, Sadim Oil & Gas Co. Ltd.: Milner & Steer, Edmonton.*

*Procureurs des demanderesses, intimées: Howard, Moore, Dixon, Mackie & Forsyth, Calgary.*

**John Kenneth Eccles** *(Plaintiff) Appellant*;

and

**L. Bourque, G. E. Simmonds and E. J. Wise** *(Defendants) Respondents.*

1974: May 24; 1974: October 11.

Present: Laskin C. J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Trespass—Police officers forcibly entering appellant's apartment in search of wanted person—Trespass justified on common law principles—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 450 [re-en. R.S.C. 1970, c. 2 (2nd Supp.), s. 5].*

An action was brought by the appellant against the respondents, three constables on the Vancouver Police Force, for damages for trespass alleged to have been committed when the police officers entered the appellant's apartment to apprehend one C, for whom there were three outstanding warrants. The officers were in plain clothes but were armed. They gave notice of presence by knocking on the door of the apartment and after it was opened notice of identity was given. An officer then told the appellant the reason for the entry. C was not found in the apartment. The appellant was successful at trial, but, on appeal, the Court of Appeal by a majority reversed. Leave to appeal to this Court was granted by the Court of Appeal.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Judson, Spence and Dickson JJ.: The submission that a person who is by s. 450 of the *Criminal Code* authorized to make an arrest is, by s. 25, authorized by law to commit a trespass with or without force in the accomplishment of that arrest, provided he acts on reasonable and probable grounds, was not accepted. Section 25 merely affords justification to a person for doing what he is required or authorized by law to do in the administration or enforcement of the law, if he acts on reasonable and probable grounds, and for using necessary force for that purpose. The question was whether the respondents were required or authorized by law to commit a

**John Kenneth Eccles** *(Demandeur) Appelant*;

et

**L. Bourque, G. E. Simmonds et E. J. Wise** *(Défendeurs) Intimés.*

1974: le 24 mai; 1974: le 11 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Trespass—Officiers de police qui sont entrés par la force dans l'appartement de l'appelant pour y appréhender une personne recherchée par la police—Le trespass est justifié d'après les principes de la common law—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 25 et 450 [réédicté S.R.C. 1970, c. 2 (2e Supp.), art. 5.]*

L'appelant poursuit les intimés, trois constables de la Sûreté de Vancouver, en dommages-intérêts pour le *trespass* dont se seraient rendus coupables les officiers de police lorsqu'ils sont entrés dans l'appartement de l'appelant pour y appréhender un certain C, pour lequel il y avait trois mandats non exécutés. Les constables étaient en civil mais étaient armés. Ils ont donné avis de leur présence en frappant à la porte de l'appartement et après qu'elle leur eut été ouverte, ils ont donné avis de leur identité. Un officier a alors informé l'appelant du but de leur visite. C n'a pas été trouvé dans l'appartement. L'appelant a eu gain de cause en première instance, mais en Cour d'appel, le jugement a été infirmé majoritairement. Autorisation d'appeler à cette Cour a été accordée par la Cour d'appel.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être rejeté.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et Dickson: La prétention qu'une personne qui est, par l'art. 450 du *Code criminel*, autorisée à faire une arrestation est, par l'art. 25, autorisée par la loi à commettre un *trespass* en employant ou non la force dans l'accomplissement de son arrestation, à condition qu'elle agisse en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, n'a pas été acceptée. L'article 25 ne fait que permettre à une personne de faire ce qu'elle est obligée ou autorisée par la loi à faire dans l'application ou l'exécution de la loi, si elle agit en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, et à employer la force nécessaire à cette fin. La question

trespass, not whether they were required or authorized to make an arrest. If they were authorized by law to commit a trespass, the authority for it must be found in the common law for there is nothing in the *Criminal Code*.

Unlike civil process, in the execution of criminal process the test is whether there are reasonable and probable grounds for acting. If the police officer has reasonable and probable cause to believe that the person named in the warrant for arrest is in the home of a stranger he has the right, after proper demand, to enter the home forcibly, to search and to arrest. In the present case the police officers had reasonable and probable grounds for believing that C was in the appellant's apartment.

Except in exigent circumstances, the police officers must make an announcement prior to entry. In the ordinary case, before forcing entry, they should give (i) notice of presence by knocking or ringing the doorbell, (ii) notice of authority, by identifying themselves as law enforcement officers and (iii) notice of purpose, by stating a lawful reason for entry. On the facts of this case, proper notice was given.

*Per* Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: No view was expressed with respect to the application of s. 25(1) of the *Criminal Code* to the circumstances of this case. Subject to this, agreement was expressed with the reasons delivered by Dickson J.

*Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a; *Johnson v. Leigh* (1815), 6 Taunt. 246; *Morrish v. Murrey* (1844), 13 M. & W. 52; *Southam v. Smout*, [1964] 1 Q.B. 308; *Davis v. Lisle*, [1936] 2 K.B. 434; *Thomas v. Sawkins*, [1935] 2 K.B. 249; *Re Curtis* (1756), Fost, 135; *Burdett v. Abbott* (1811), 14 East.1, referred to; *Mathews v. Dwan*, [1949] N.Z.L.R. 1037, not followed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], allowing an appeal from a judgment of Wootton J. Appeal dismissed.

[1] [1973] 5 W.W.R. 434, 41 D.L.R. (3d) 392.

était de savoir si les intimés étaient obligés ou autorisés par la loi à commettre un *trespass*, et non de savoir s'il leur était enjoint ou permis de faire une arrestation. S'ils étaient autorisés par la loi à commettre un *trespass*, la permission pour ce faire doit être trouvée dans la *common law* car il n'y a rien dans le *Code criminel*.

Contrairement à un acte judiciaire délivré en matière civile, le critère dans l'exécution d'un acte judiciaire en matière criminelle est de savoir s'il y a des motifs raisonnables et probables d'agir. Si l'agent de police a un motif raisonnable et probable de croire que la personne dénommée dans le mandat d'arrestation est dans le foyer d'un tiers, il a le droit, après demande régulière, d'entrer par la force, aux fins de rechercher et d'arrêter. En l'espèce, les agents de police avaient des motifs raisonnables et probables de croire que C se trouvait dans l'appartement de l'appelant.

Excepté dans des circonstances critiques, les agents de police doivent faire une annonce avant d'entrer. D'ordinaire, avant d'entrer par la force, ils devraient donner (i) avis de leur présence en frappant ou en sonnant, (ii) avis de leur autorité, en s'identifiant comme agents chargés d'exécuter la loi et (iii) avis du but de leur visite, en déclarant un motif légitime d'entrer. D'après les faits de l'espèce, un avis régulier a été donné.

*Les* juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Aucun point de vue n'a été exprimé relativement à l'application du par. (1) de l'art. 25 du *Code criminel* aux circonstances de cette affaire. Sous réserve de cela, l'opinion émise par M. le juge Dickson a été partagée.

Arrêts mentionnés: *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a; *Johnson v. Leigh* (1815), 6 Taunt. 246; *Morrish v. Murrey* (1844), 13 M. & W. 52; *Southam v. Smout*, [1964] 1 Q.B. 308; *Davis v. Lisle*, [1936] 2 K.B. 434; *Thomas v. Sawkins*, [1935] 2 K.B. 249; *Re Curtis* (1756), Fost, 135; *Burdett v. Abbott* (1811), 14 East. 1; Arrêt non suivi: *Mathews v. Dwan*, [1949] N.Z.L.R. 1037.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], accueillant un appel interjeté à l'encontre d'un jugement du juge Wootton. Pourvoi rejeté.

[1] [1973] 5 W.W.R. 434, 41 D.L.R. (3d) 392.

*W. A. M Stewart*, for the plaintiff, appellant.

*A. McEachern*, for the defendants, respondents.

The judgment of Laskin C.J. and Judson, Spence and Dickson JJ. was delivered by

DICKSON J.—The claim of the appellant, Mr. Eccles, is against the respondents, three constables on the Vancouver Police Force, for damages for trespass alleged to have been committed when the police officers entered the apartment occupied by Mr. Eccles in the City of Vancouver at about 4:00 p.m. on August 12, 1971. The constables were in plain clothes but were armed. The purpose of the entry was to apprehend one Edmund Cheese, also known as Billy Deans, for whom there were three outstanding Montreal warrants. Cheese was not found in the apartment. The trial judge, Wootton J., concluded he had not been there or had successfully made his escape, by climbing to the roof of the building from one of the two balconies adjoining the apartment, at the moment of or immediately after the police officers entered. Mr. Eccles was successful at trial. Mr. Justice Wootton awarded him $300 damages and costs. The Court of Appeal for British Columbia by a majority (Robertson and Taggart JJ.A., with Nemetz J.A. dissenting) reversed. Leave to appeal to this Court was granted by the Court of Appeal for British Columbia.

There are two issues: (1) Were the respondents authorized by s. 25 of the *Criminal Code* forcibly to enter and search the appellant's apartment pursuant to their right of arrest without warrant under s. 450 (then s. 449) of the *Code*? (2) If not, were their actions justified on common law principles? On the first issue, s. 450(1)(*a*) of the *Code* provides that any one may arrest without warrant a person who, on reasonable and probable grounds, he believes has committed a criminal offence. There were reasonable and probable grounds for believing that Cheese had committed a criminal offence

*W. A. M. Stewart*, pour le demandeur, appelant.

*A. McEachern*, pour les défendeurs, intimés.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson, Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON—L'appelant Eccles poursuit les intimés, trois constables de la Sûreté de Vancouver, en dommages-intérêts pour le *trespass* dont se seraient rendu coupables les officiers de police lorsqu'ils sont entrés dans l'appartement occupé par M. Eccles dans la ville de Vancouver vers 4 heures l'après-midi du 12 août 1971. Les constables étaient en civil mais étaient armés. Ils y venaient appréhender un certain Edmund Cheese, connu également sous le nom de Billy Deans, pour lequel il y avait trois mandats non exécutés qui avaient été délivrés à Montréal. Cheese n'a pas été trouvé dans l'appartement. Le juge de première instance, le juge Wootton, a conclu qu'il n'y était pas présent ou qu'il avait réussi à s'échapper, en grimpant sur le toit de l'immeuble à partir de l'un des deux balcons attenant à l'appartement, au moment où la police a fait son entrée ou immédiatement après. M. Eccles a eu gain de cause en première instance. M. le juge Wootton lui a accordé $300 en dommages-intérêts et dépens. La Cour d'appel de Colombie-Britannique a infirmé majoritairement (juges Robertson et Taggart, le juge Nemetz était dissident). Autorisation d'appeler à cette Cour a été accordée par la Cour d'appel de Colombie-Britannique.

Il y a deux questions en litige: (1) Les intimés étaient-ils par l'art. 25 du *Code criminel* autorisés à s'introduire de force et perquisitionner dans l'appartement de l'appelant en vertu de leur droit d'arrestation sans mandat sous le régime de l'art. 450 (maintenant l'art. 449) du *Code*? (2) Sinon, leurs actes étaient-ils justifiés d'après les principes de la *Common Law*? Sur la première question en litige, l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 450 du *Code* prévoit que toute personne peut arrêter sans mandat un individu qui, d'après ce qu'elle croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis une infraction

and had the respondents found him in the apartment or elsewhere there is no doubt they would have been authorized by s. 450(1)(*a*) to arrest him. Section 25(1) of the *Code* then provides that:

> **25.** (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law
>
> (*a*) as a private person,
>
> (*b*) as a peace officer or public officer,
>
> (*c*) in aid of a peace officer or public officer, or
>
> (*d*) by virtue of his office,
>
> is, if he acts on reasonable and probable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

It is the submission of counsel for the respondents that a person who is by s. 450 authorized to make an arrest is, by s. 25, authorized by law to commit a trespass with or without force in the accomplishment of that arrest, provided he acts on reasonable and probable grounds. I cannot agree with this submission. Section 25 does not have such amplitude. The section merely affords justification to a person for doing what he is required or authorized by law to do in the administration or enforcement of the law, if he acts on reasonable and probable grounds, and for using necessary force for that purpose. The question which must be answered in this case, then, is whether the respondents were required or authorized by law to commit a trespass; and not, as their counsel contends, whether they were required or authorized to make an arrest. If they were authorized by law to commit a trespass, the authority for it must be found in the common law for there is nothing in the *Criminal Code*. The first issue, therefore, depends upon the second issue, *videlicet*, can the trespass be justified on common law principles? For these principles, we go back to vintage common law, to 1604, and *Semayne's*

criminelle. Il y avait des motifs raisonnables et probables de croire que Cheese avait commis une infraction criminelle et si les intimés l'avaient trouvé dans l'appartement ou ailleurs il n'y pas de doute qu'ils auraient été autorisés de par l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 450 à l'arrêter. Le par. (1) de l'art. 25 du *Code* prévoit ensuite que:

> **25.** (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi
>
> *a*) à titre de particulier,
>
> *b*) à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public,
>
> *c*) pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public, ou
>
> *d*) en raison de ses fonctions,
>
> est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

L'avocat des intimés prétend qu'une personne qui est, par l'art. 450, autorisée à faire une arrestation est, par l'art. 25, autorisée par la loi à commettre un *trespass* en employant ou non la force dans l'accomplissement de cette arrestation, à condition qu'elle agisse en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables. Je ne puis pas souscrire à cette prétention. L'article 25 n'a pas une telle ampleur. L'article ne fait que permettre à une personne de faire ce qu'elle est obligée ou autorisée par la loi à faire dans l'application ou l'exécution de la loi, si elle agit en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, et à employer la force nécessaire pour cette fin. La question à laquelle il faut apporter une réponse en l'espèce présente est donc de savoir si les intimés étaient obligés ou autorisés par la loi à commettre un *trespass*; et non, comme leur avocat le prétend, de savoir s'il leur était enjoint ou permis de faire une arrestation. S'ils étaient autorisés par la loi à commettre un *trespass*, la permission pour ce faire doit être trouvée dans la *Common Law* car il n'y a rien dans le *Code criminel*. La première question en litige, par conséquent, dépend de la deuxième, c'est-à-dire, peut-on justifier le *tres-*

*Case*[2], in which the principle, so firmly entrenched in our jurisprudence, that every man's house is his castle, was expressed in these words: "That the house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose . . .". That, then, is the basic principle, as important today as in Biblical times (Deuteronomy 24:10) or in the 17th century. But there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends. So it is that in *Semayne's Case* a limitation was put on the "castle" concept and the Court resolved that:

> In all cases when the King is party, the Sheriff (if the doors be not open) may break the party's house, either to arrest him, or to do other execution of the K.'s process, if otherwise he cannot enter. But before he breaks it, he ought to signify the cause of his coming, and to make request to open doors . . .

See also, a century later, to the same effect, Hale, *Pleas of the Crown* (1736), 582; Foster, *Crown Law* (1762), 320. Thus it will be seen that the broad basic principle of sanctity of the home is subject to the exception that upon proper demand the officials of the King may break down doors to arrest. The incidental point was made in *Semayne's Case* that "the house of any one is not a castle or privilege but for himself, and shall not extend to protect any person who flies to his house . . ."

The *Criminal Code* empowers a justice, on proper grounds being shown, to issue a warrant authorizing a search for things but there is no power to issue a warrant to search for persons.

[2] 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194.

*pass* d'après les principes de la *Common Law*? Pour ces principes, nous remontons à la vieille *Common Law*, à 1604, et à l'affaire de *Semayne*[2], dans laquelle le principe, si fermement consacré par notre jurisprudence, que la maison du commun des mortels est son palais, a été exprimé dans les termes suivants: [TRADUCTION] «que la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos.» Cela, donc, est le principe de base, aussi important de nos jours que dans les temps bibliques (Deutéronome 24:10) ou au dix-septième siècle. Mais il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis. C'est ainsi que dans l'arrêt *Semayne* on a imposé une restriction au concept du «château», la Cour décidant que:

> [TRADUCTION] Dans toutes les affaires où le Roi est partie, le shérif (si les portes ne sont pas ouvertes) peut s'introduire par bris dans la maison de la partie, soit pour l'arrêter, soit pour autrement exécuter l'acte judiciaire du R., si autrement il ne peut pas entrer. Mais avant qu'il ne pénètre par bris dans la maison, il doit signifier le motif de sa venue, et faire une demande qu'on ouvre les portes . . .

Voir également, un siècle plus tard, au même effet, Hale, *Pleas of the Crown* (1736) 582; Foster, *Crown Law* (1762) 320. On verra donc que le large principe de base excipant du caractère sacré du foyer est sujet à l'exception que lorsque demande régulière est faite les agents du Roi peuvent briser les portes pour faire l'arrestation. On a opiné de façon incidente dans l'arrêt *Semayne* que [TRADUCTION] «la maison de quelqu'un n'est un château ou privilège que pour lui-même, et ne peut aller jusqu'à protéger une personne qui fuit dans sa maison . . .»

Le *Code criminel* donne à un juge de paix le pouvoir, sur démonstration de motifs réguliers, de délivrer un mandat autorisant une perquisition, mais il n'y a pas de pouvoir de délivrer un

[2] 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194.

Counsel for Mr. Eccles advanced the argument that if a fugitive was in the home of a friend a police officer could not enter to arrest him unless the homeowner gave consent. I cannot agree that this properly expresses the position in law. If that be right, a fugitive could obtain permanent sanctuary merely by residing with a friend. I know of no place that gives a criminal fugitive sanctuary from arrest.

In some of the American jurisdictions a distinction is drawn between entering to arrest a fugitive in his own home and entering the home of another person to arrest the fugitive. I am unable to find any Anglo-Canadian authority supporting a distinction of this nature and in principle it seems to me to be wrong. The fact that the premises to be entered are those of a third person may have a bearing in the determination of reasonable and probable cause. There may be less likelihood of a fugitive being in the home of another than in his own home, but otherwise I can see no good reason for distinguishing between the two types of case.

I would wish to make it clear, however, that there is no question of an unrestricted right to enter in search of a fugitive. Entry can be made against the will of the householder only if (*a*) there are reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises and (*b*) proper announcement is made prior to entry.

(*a*) Reasonable and probable grounds.

In the case of civil process the rule is that if a sheriff's officer enters the house of A to execute process against the goods of B or to arrest B he enters at his peril and if the goods or B, as the case may be, are not present, he is guilty of trespass. It is said the entry can be justified only by the event: *Johnson v. Leigh*[3]; *Morrish v.*

[3] (1815), 6 Taunt. 246, 128 E.R. 1029.

mandat pour rechercher des personnes. L'avocat de M. Eccles a avancé l'argument que si un fugitif est dans le foyer d'un ami un agent de police ne pourrait entrer pour l'arrêter à moins que le propriétaire ne donne son consentement. Je ne puis convenir que cela exprime véritablement la position du droit. Si cela était vrai, un fugitif pourrait obtenir un sanctuaire permanent simplement en résidant chez un ami. Je ne connais aucun endroit qui donne à un criminel fugitif un sanctuaire vis-à-vis d'une arrestation.

Dans quelques-uns des ressorts américains une distinction est faite entre entrer pour arrêter un fugitif dans son propre foyer et entrer dans le foyer d'une autre personne pour arrêter le fugitif. Je suis incapable de trouver un précédent anglo-canadien appuyant une distinction de cette nature et en principe elle me semble erronée. Le fait que les lieux où l'on doit pénétrer sont ceux d'un tiers peut avoir une portée sur ce qui est une cause raisonnable et probable. Il peut y avoir une probabilité moins grande qu'un fugitif soit dans le foyer d'un autre que dans le sien, mais autrement je ne puis voir aucune raison valable de distinguer entre les deux types de cas.

Je voudrais dire très clairement, cependant, qu'il n'est pas question d'un droit non restreint d'entrer pour rechercher un fugitif. On ne peut entrer contre la volonté du tenancier de maison que si *a*) il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est sur les lieux et *b*) une annonce régulière est faite avant d'entrer.

*a*) Motifs raisonnables et probables.

Dans le cas d'un acte judiciaire délivré en matière civile la règle est que si un officier du shérif entre dans la maison de A pour exécuter l'acte judiciaire sur les biens de B ou pour arrêter B il entre à son péril et si les biens ou B, selon le cas, ne sont pas présents, il est coupable de *trespass*. On dit que l'entrée ne peut être

*Murrey*[4]; *Southam v. Smout*[5]. But in the execution of criminal process the test is whether there are reasonable and probable grounds for acting. If so, the entry does not become unlawful if the fugitive is not found on the premises. The entry of the police is legal or illegal from the moment of entry and does not change character from the result. The only case which would seem to run counter to this principle is *Mathews v. Dwan*[6], in which Gresson J. concluded that the justification for entry and arrest is the presence on the premises of the individual sought and there is no authority to the police forcibly to enter premises to effect the arrest of a named person upon a "mere suspicion, however well based" that the person is upon the premises. The learned judge referred to *Davis v. Lisle*[7], and *Thomas v. Sawkins*[8]. In the *Davis* case police officers had entered a garage to make inquiries and were told by the proprietor to "get out" and it was held they thereafter were trespassers. The case did not involve entry to make an arrest. The *Thomas* case concerned the right of a police officer to remain on premises in which a public meeting was being held, contrary to the wishes of the convenors, to prevent a possible breach of the peace. I find little support in these cases for the proposition that entry against the will of the owner will always be a trespass unless the person sought is apprehended on the premises. In my opinion that is not the principle which emerges from the earlier cases. If the police officer has reasonable and probable cause to believe that the person named in the warrant for arrest is in the home of a stranger he has the right, after proper demand, to enter the home forcibly, to search and to arrest. In the present case there can be no doubt the police officers believed and in my view had reasonable and probable grounds for believing that Cheese, or Deans as he was known to Mr. Eccles, was in the Eccles apartment. Constable Simmonds had

[4] (1844), 13 M. & W. 52, 153 E.R. 22.
[5] [1964] 1 Q.B. 308.
[6] [1949] N.Z.L.R. 1037.
[7] [1936] 2 K.B. 434.
[8] [1935] 2 K.B. 249.

justifiée que par l'événement: *Johnson v. Leigh*[3]; *Morrish v. Murrey*[4]; *Southam v. Smout*[5]. Mais dans l'exécution d'un acte judiciaire en matière criminelle le critère est de savoir s'il y a des motifs raisonnables et probables d'agir. Si c'est le cas, l'entrée ne devient pas illégale si le fugitif ne se trouve pas sur les lieux. L'entrée de la police est légale ou illégale à compter du moment de l'entrée et ne change pas de caractère d'après le résultat. Le seul arrêt qui semblerait aller à l'encontre de ce principe est l'arrêt *Mathews v. Dwan*[6], dans lequel le juge Gresson a conclu que la justification pour entrer et arrêter est la présence sur les lieux de l'individu recherché et que la police n'a aucune autorité pour entrer par la force sur le (traduction) «simple soupçon, si bien étayé soit-il» qu'Untel est sur les lieux. Le savant juge s'est reporté à l'arrêt *Davis v. Lisle*[7], et à l'arrêt *Thomas v. Sawkins*[8]. Dans l'affaire *Davis* des agents de police étaient entrés dans un garage pour obtenir des renseignements et s'étaient vu dire par le propriétaire de «sortir» et on a statué qu'après ça ils étaient devenus des *trespassers*. L'affaire ne portait pas sur une entrée en vue d'une arrestation. L'affaire *Thomas* portait sur le droit d'un agent de police de rester sur des lieux où se déroule une réunion publique, contrairement aux désirs des organisateurs, aux fins d'empêcher une violation possible de la paix. Je trouve peu d'appui dans les arrêts *Davis* et *Thomas* en faveur de la proposition que l'entrée contre la volonté du propriétaire sera toujours un *trespass* à moins que la personne que l'on veut ne soit appréhendée sur les lieux. A mon avis cela n'est pas le principe qui émerge des arrêts antérieurs. Si l'agent de police a un motif raisonnable et probable de croire que la personne dénommée dans le mandat d'arrestation est dans le foyer d'un tiers il a le droit, après demande régulière, d'entrer par la force, aux fins de rechercher et d'arrêter. Dans la présente

[3] (1815), 6 Taunt. 246, 128 E.R. 1029.
[4] (1844), 13 M. & W. 52, 153 E.R. 22.
[5] [1964] 1 Q.B. 308.
[6] [1949] N.Z.L.R. 1037.
[7] [1936] 2 K.B. 434.
[8] [1935] 2 K.B. 249.

been told by one of his superiors that Eccles was the closest known associate of Cheese. That this information was hearsay does not exclude it from establishing probable cause. Additionally, both Eccles and Cheese had informed Constable Simmonds prior to the entry that Cheese had been staying in the Eccles apartment. On August 12, 1971, the day of the alleged trespass, Cheese had been in the apartment, he had been seen entering and leaving the building and just prior to the impugned entry had been seen to enter the building. Constable Bourque had seen police department bulletins pertaining to both Eccles and to Cheese.

affaire il ne peut y avoir de doute que les agents de police croyaient, et à mon avis avaient des motifs raisonnables et probables de croire, que Cheese, ou Deans comme il était connu de M. Eccles, se trouvait dans l'appartement d'Eccles. Le constable Simmonds s'était fait dire par un de ses supérieurs que Eccles était de Cheese le plus proche associé connu. Que cette information ait été du ouï-dire ne l'empêche pas d'établir un motif probable. De plus, Eccles et Cheese avaient tous les deux informé le constable Simmonds avant l'entrée que Cheese était demeuré dans l'appartement d'Eccles. Le 12 août 1971, le jour de l'intrusion alléguée, Cheese avait été dans l'appartement, on l'avait vu entrer et sortir de l'immeuble et juste avant l'entrée attaquée on l'avait vu pénétrer dans l'immeuble. Le constable Bourque avait vu des bulletins du service de police qui concernaient à la fois Eccles et Cheese.

(*b*) Announcement.

Except in exigent circumstances, the police officers must make an announcement prior to entry. There are compelling considerations for this. An unexpected intrusion of a man's property can give rise to violent incidents. It is in the interests of the personal safety of the householder and the police as well as respect for the privacy of the individual that the law requires, prior to entrance for search or arrest, that a police officer identify himself and request admittance. No precise form of words is necessary. In *Semayne's Case* it was said he should "signify the cause of his coming, and to make request to open doors". In *Re Curtis*[9], nine of the judges were of opinion that it was sufficient that the householder have notice that the officer came not as a mere trespasser but claiming to act under a proper authority, the other two

[9] (1756), Fost. 135; 168 E.R. 67.

(*b*) L'annonce.

Excepté dans des circonstances critiques, les agents de police doivent faire une annonce avant d'entrer. Il y a des raisons péremptoires pour cela. Une intrusion inattendue dans la propriété de quelqu'un peut donner lieu à des incidents violents. C'est dans l'intérêt de la sécurité personnelle du chef de la maison et de la police aussi bien que dans l'intérêt du respect dû à l'intimité de l'individu que la loi requiert d'un agent de police, avant qu'il n'entre pour rechercher ou arrêter, qu'il s'identifie et demande à être admis. Aucune formule précise n'est nécessaire. Dans l'arrêt *Semayne* on a dit qu'il devait [TRADUCTION] «signifier le motif de sa venue, et faire une demande qu'on ouvre les portes». Dans l'affaire de *Richard Curtis*[9], neuf des juges ont été d'avis qu'il suffisait que le chef de maison eût avis que l'agent venait non comme

[9] (1756), Fost. 135; 168 E.R. 67.

judges being of opinion that the officers ought to have declared in an explicit manner what sort of warrant they had. In *Burdett v. Abbott*[10], Bayley J. was content that the right to break the outer door should be preceded simply by a request for admission and a denial. The traditional demand was "Open in the name of the King". In the ordinary case police officers, before forcing entry, should give (i) notice of presence by knocking or ringing the doorbell, (ii) notice of authority, by identifying themselves as law enforcement officers and (iii) notice of purpose, by stating a lawful reason for entry. Minimally they should request admission and have admission denied although it is recognized there will be occasions on which, for example, to save someone within the premises from death or injury or to prevent destruction of evidence or if in hot pursuit notice may not be required. Was proper notice given in this case? The police officers gave notice of presence by knocking on the door of the apartment. After a pause it was opened and an officer gave notice of identity by production of his badge and the words "Vancouver City Police". On August 10th, two days before the alleged trespass, Mr. Eccles had been stopped and searched by two of the respondents. One of the respondents had stopped him on two earlier occasions, so the identity of two of the three persons who appeared at the door of the apartment on August 12th could hardly have been a matter of which Mr. Eccles was ignorant. Whether notice of purpose was given is more difficult. Mr. Eccles testified that when the door was opened one man stood there while the other two ran into different rooms without identifying themselves or their purpose. In his evidence-in-chief, Constable Simmonds, after referring to

[10] (1811), 14 East. 1, 104 E.R. 501.

un simple *trespasser* mais en prétendant agir en vertu de pouvoirs réguliers, les deux autres juges étant d'avis que les agents auraient dû déclarer de façon explicite quel genre de mandat ils avaient. Dans l'arrêt *Burdett v. Abbott*[10], le juge Bayley estimait suffisant que le droit de briser la porte extérieure soit précédé simplement d'une demande à être admis et d'un refus. La demande traditionnelle était «ouvrez au nom du Roi». D'ordinaire les agents de police, avant d'entrer par la force, devraient donner (i) avis de leur présence en frappant ou en sonnant, (ii) avis de leur autorité, en s'identifiant comme agents chargés d'exécuter la loi et (iii) avis du but de leur visite, en déclarant un motif légitime d'entrer. Au minimum ils devraient demander l'admission et se voir dénier l'admission même s'il est reconnu qu'il y aura des occasions où, par exemple, afin de sauver de la mort ou de blessures quelqu'un qui se trouve sur les lieux ou d'empêcher la destruction d'une preuve, ou en cours de poursuite immédiate (*hot pursuit*), l'avis puisse ne pas être requis. Un avis régulier a-t-il été donné en l'espèce? Les agents de police ont donné avis de leur présence en frappant à la porte de l'appartement. Après une pause la porte s'est ouverte et un officier a donné avis de son identité en produisant sa plaque et proférant les mots «Sûreté de Vancouver». Le 10 août, deux jours avant le *trespass* allégué, M. Eccles avait été interpelé et fouillé par un des intimés. Un des intimés l'avait interpelé en deux occasions antérieures, de sorte que l'identité de deux des trois personnes qui se sont présentées à la porte de l'appartement le 12 août a pu difficilement être quelque chose dont M. Eccles était ignorant. La question de savoir si avis du but a été donné est plus difficile. M. Eccles a témoigné que lorsque la porte a été

[10] (1811), 14 East. 1, 104 E.R. 501.

the opening of the door, said:

I don't recall if Mr. Eccles answered, I don't recall if he said: "What do you want", or something like that, he probably did and Constable Bourque said: "We're looking for a wanted man and we want to search the premises", so forth—

Constable Wise testified, "Constable Bourque told Mr. Eccles that we were looking for a man wanted on a warrant". Constable Bourque said that when the door opened he observed Mr. Eccles standing in the doorway and he, Bourque, entered the apartment. In reply to the question by Mr. Eccles, "What do you want?" Constable Bourque replied, according to his evidence, "I told him that I had reason to believe a man wanted by our department had just entered this apartment." In my view, the police officers, on the facts of this case, discharged the duty which rested upon them to give notice before forcing entry.

I would, accordingly, dismiss the appeal with costs.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

MARTLAND J.—I do not wish to express any view with respect to the application of s. 25(1) of the *Criminal Code* to the circumstances of this case. Subject to this, I agree with the reasons of my brother Dickson and I would dispose of this appeal in the manner which he proposes.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the plaintiff, appellant: Wing, Stewart, Allin & Good, Vancouver.*

*Solicitors for the defendants, respondents: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

ouverte un homme se tenait là pendant que les deux autres couraient dans différentes pièces sans s'identifier ou indiquer le but de leur geste. Dans son témoignage principal, le constable Simmonds, après avoir fait mention de l'ouverture de la porte, a dit:

[TRADUCTION] Je ne me rappelle pas si M. Eccles a répondu, je ne me rappelle pas s'il a dit: «Que voulez-vous» ou quelque chose comme ça, il l'a probablement fait et le constable Bourque a dit: «Nous cherchons un homme recherché et nous voulons fouiller les lieux», ainsi de suite—

Le constable Wise a témoigné, [TRADUCTION] «Le Constable Bourque a dit à M. Eccles que nous cherchions un homme recherché en vertu d'un mandat». Le constable Bourque a dit que lorsque la porte s'est ouverte il a vue M. Eccles qui se tenait sur le seuil et lui, Bourque, est entré dans l'appartement. En réponse à la question de M. Eccles, [TRADUCTION] «Que voulez-vous?», le constable Bourque a répondu, d'après son témoignage, «Je lui ai dit que j'avais des motifs de croire qu'un homme recherché par notre service venait juste d'entrer dans cette appartement-là.» A mon avis, les agents de police, d'après les faits de l'espèce, se sont acquittés du devoir qui leur incombait de donner avis avant de forcer l'entrée.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Le jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Je ne veux pas exprimer de point de vue relativement à l'application du par. (1) de l'art. 25 du *Code criminel* aux circonstances de cette affaire. Sous réserve de cela, je souscris aux motifs de mon collègue Dickson et déciderais l'appel comme il le propose.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs du demandeur, appelant: Wing, Stewart, Allin & Good, Vancouver.*

*Procureurs des défendeurs, intimés: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

**Beverage Dispensers & Culinary Workers Union, Local 835** *(Defendant) Appellant*;

and

**Terra Nova Motor Inn Ltd.** *(Plaintiff) Respondent.*

1974: February 25; 1974: October 23.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Labour relations—Union certified as bargaining agent for employees of one hotel and also for employees of another hotel—Employers bargaining jointly with union representing all employees as single group—Strike vote taken of composite group—Majority in favour of strike—Subsequent vote in favour of acceptance of new proposal—Proposal agreed to by one employer but rejected by other employer—One hotel and union on behalf of employees of that hotel entering collective agreement—Strike action taken against other hotel—Whether strike illegal—Mediation Services Act, 1968 (B.C.), c. 26, s. 25 (1).*

The appellant union was the certified bargaining agent for employees at the respondent's hotel in Trail, and also for employees of another hotel in Trail, known as the Crown Point Hotel. The union agreed to a proposal made on behalf of the two hotels to the effect that the two hotels would bargain jointly with the union on behalf of employees of both hotels as a single group. Subsequently, a collective agreement was entered into by the employees of the two hotels with their respective employers. The agreement commenced April 1, 1971, and expired on March 31, 1973.

Following expiry of this agreement, negotiations for the purpose of concluding a new agreement were carried out by a committee representing both hotels on one side and the union representing the employees of both hotels as one group on the other. These negotiations broke down and on May 13, 1973, the union, in order to comply with s. 25 of the *Mediation Services Act*, 1968 (B.C.), c. 26, requiring a strike vote, took a secret ballot of the employees of both hotels as one group. A majority of the employees

**Beverage Dispensers & Culinary Workers Union, Local 835** *(Défendeur) Appelant*;

et

**Terra Nova Motor Inn Ltd.** *(Demanderesse) Intimée.*

1974: le 25 février; 1974: le 23 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Relations de travail—Le syndicat est l'agent négociateur accrédité des employés d'un hôtel et aussi des employés d'un autre hôtel—Les employés négocient conjointement avec le syndicat représentant tous les employés à titre de groupe unique—Groupe invité à prendre part à un vote de grève—La majorité vote en faveur de la grève—Vote ultérieur en faveur de l'acceptation d'une nouvelle proposition—La proposition est acceptée par un employeur mais rejetée par l'autre employeur—Un hôtel et le syndicat, au nom des employés de cet hôtel, signent une convention collective—Les employés de l'autre hôtel déclenchent la grève—S'agit-il d'une grève illégale?—Mediation Services Act, 1968 (C.-B.), c. 26, art. 25(1).*

Le syndicat appelant était l'agent négociateur accrédité des employés de l'hôtel de l'intimée à Trail et aussi des employés d'un autre hôtel à Trail, connu sous le nom de Crown Point Hotel. Le syndicat a accepté une proposition faite au nom des deux hôtels et selon laquelle ces derniers négocieraient conjointement avec le syndicat, ce dernier pour le compte d'employés des deux hôtels à titre de groupe unique. Par la suite, une convention collective a été signée par les employés des deux hôtels avec leurs employeurs respectifs. La convention collective est entrée en vigueur le 1er avril 1971 et a expiré le 31 mars 1973.

A la suite de l'expiration de cette convention, des négociations en vue d'une nouvelle convention ont été menées par un comité représentant les deux hôtels, d'une part, et le syndicat représentant les employés des deux hôtels en tant qu'un groupe, d'autre part. Les négociations ont été rompues et le 13 mai 1973, le syndicat, afin de se conformer à l'art. 25 du *Mediation Services Act*, 1968 (C.-B.), c. 26, lequel exigeant un vote de grève, fit voter au scrutin secret, en un seul groupe, les employés des deux hôtels. La

voted to strike, and strike notice was sent by the union to both hotels. A mediation officer was then appointed and further negotiations took place. Early in June, the mediation officer submitted a proposal to both sides. On June 10, 1973, the employees of both hotels, voting as one group, agreed to accept the proposal. Crown Point Hotel also agreed to it, but the respondent rejected it. Crown Point Hotel and the union, on behalf of the employees of that hotel, entered into a collective agreement. On July 6, 1973, the union took strike action and commenced picketing the respondent's premises. Shortly thereafter, the respondent obtained an injunction enjoining the picketing, and, on appeal, the injunction was sustained by the Court of Appeal. With leave, granted by the Court of Appeal, the union appealed to this Court.

*Held* (Laskin C.J. and Judson, Ritchie and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Spence and de Grandpré JJ.: The issue in the appeal was whether or not the unit certified under the provisions of the *Labour Relations Act*, R.S.B.C. 1960, c. 205, as appropriate for bargaining with the respondent was or was not barred from striking by the prohibitive provisions of s. 25 of the *Mediation Services Act*, 1968 (B.C.), c. 26 (as amended). The problem, therefore, became one whether "a vote has been taken by secret ballot of the employees in the unit affected". The unit affected was "the employees of [the respondent]", and there never had been a vote of the employees in that unit authorizing a strike at the respondent's hotel. There had been a vote by the members of that unit and another unit similarly certified with the Crown Point Hotel authorizing a strike at both industries. So long as the two certified units acted in concert there could be no objection to a vote taken at a joint meeting of the two certified units with no separation of the members of the one certified unit or the other. The strike authorized at the vote of such general meeting never took place. The strike of the employees who were members of the unit certified for bargaining with the respondent was a different strike. Such interpretation of s.25 gives proper protection to both employers and employees in small industries.

*Per* Pigeon and Beetz JJ.: The unit which had been formed on a voluntary basis for the purpose of negotiating with the two employers was voluntarily dissolved the moment one of those employers and the union, on behalf of the employees of that hotel,

majorité des employés ont voté en faveur de la grève et l'avis de grève a été envoyé par le syndicat aux deux hôtels. Un médiateur a alors été nommé et les négociations reprirent. Au début du mois de juin, le médiateur a soumis une proposition aux deux parties. Le 10 juin 1973, les employés des deux hôtels, votant en tant qu'un groupe, ont convenu d'accepter la proposition. Crown Point Hotel l'a acceptée aussi, mais l'intimée l'a rejetée. Crown Point Hotel et le syndicat, au nom des employés de cet hôtel, ont signé une convention collective. Le 6 juillet 1973, le syndicat a déclenché la grève et commencé à faire du piquetage sur la propriété de l'intimée. Peu après, l'intimée a obtenu une injonction empêchant le piquetage et, en appel, l'injonction a été maintenue par la Cour d'appel. Un pourvoi, formé avec l'autorisation de la Cour d'appel, a été interjeté devant cette Cour par le syndicat.

*Arrêt* (le juge chef Laskin et les juges Judson, Ritchie et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Les* juges Martland, Spence et de Grandpré: La question en ce pourvoi était de savoir si, oui ou non, l'Unité accréditée sous le régime des dispositions du *Labour Relations Act*, R.S.B.C. 1960, c. 205, comme étant qu'une unité propre à négocier avec l'intimée, était ou n'était pas empêchée de faire la grève par les dispositions prohibitives de l'art. 25 du *Mediation Services Act*, 1968 (C.-B.), c. 26 (tel que modifié). Par conséquent, la difficulté revenait alors à se demander si un vote a été pris par scrutin secret des employés dans l'unité touchée. L'unité touchée était «les employés de [l'intimée]», et il n'y avait jamais eu dans cette unité de vote des employés autorisant une grève à l'hôtel de l'intimée. Il y avait eu par les membres de cette unité et d'une autre unité semblablement accréditée auprès de l'hôtel Crown Point un vote autorisant une grève aux deux endroits. Aussi longtemps que les deux unités accréditées agissaient de concert, il ne pouvait y avoir d'objection à un vote pris à une réunion conjointe des deux unités accréditées sans distinction des membres de l'une ou l'autre des unités accréditées. La grève autorisée lors du vote pris à cette réunion générale n'a jamais eu lieu. La grève des employés qui étaient membres de l'unité accréditée pour négocier collectivement avec l'intimée était une grève différente.

*Les* juges Pigeon et Beetz: L'unité qui avait été formée sur une base volontaire dans le but de négocier avec deux employeurs a été volontairement dissoute dès lors qu'un des deux employeurs et le syndicat, au nom des employés de cet hôtel, ont signé une

entered into a separate collective agreement. What remained was the unit of the employees of the respondent. It was this unit which was affected by the strike and the employees in this unit had not voted on whether to strike or not to strike.

*Per* Laskin C.J. and Judson and Ritchie JJ., *dissenting*: The requirement of s. 25(1) of the *Mediation Services Act*, respecting a strike vote, was met by the ballot taken of the employees of both hotels. "Unit" is defined in s. 2(1) of the Act to mean "a group of employees on whose behalf a trade union is, or has been, engaged in collective bargaining". The group here on whose behalf the union was so engaged was the total of the employees of the two hotels. The submission that there were two units, because the union was separately certified for the employees of each employer, and hence there should have been two separate votes, cannot be accepted. Nor can the view be accepted that because the Crown Point Hotel had settled with the union and entered into a collective agreement it became necessary for the union to take another strike vote of only the employees of the respondent. If the strike vote was valid when taken and when acted upon, it could not subsequently become invalid merely because the dispute which brought it on had not been completely settled.

*Per* Dickson J., *dissenting*: The word "unit" should not be held to be restricted within the context of s. 25(1) of the *Mediation Services Act* to a unit for which a trade union is certified. The vote taken on May 13, 1973, gave the union a mandate, subject to compliance with the statutory requirement as to strike notice, to call out on strike all or any part of the employees comprising the composite group and that mandate was not invalidated by subsequent events. The proper time to determine the validity of a vote is at the time the vote is taken and not at the time some of the employees affected by the vote actually go on strike.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia [1] dismissing an appeal from an order granting an injunction enjoining the appellant union from picketing the respondent's hotel. Appeal dismissed, Laskin

[1] 42 D.L.R. (3d) 693.

convention collective distincte. Ce qui restait était l'unité formée des employés de l'intimée. C'était cette dernière unité qui était touchée par la grève et les employés groupés dans cette unité n'avaient pas voté sur la question de savoir s'ils devaient ou ne devaient pas faire la grève.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Judson et Ritchie, *dissidents*: Le vote des employés des deux hôtels répondait à l'exigence légale du par. (1) de l'art. 25 du *Mediation Services Act* demandant qu'il y ait un vote de grève. Cette loi définit l'unité au par. (1) de l'art. 2 comme un groupe d'employés au nom de qui un syndicat participe, ou a participé, à des négociations collectives . En l'espèce, le groupe au nom duquel le syndicat a participé aux négociations était constitué de l'ensemble des employés des deux hôtels. La prétention qu'il existait deux unités parce que le syndicat avait été accrédité séparément pour les employés de chaque employeur, et que, par conséquent, il aurait dû y avoir deux votes distincts, ne peut être retenue. Il en est de même pour la prétention voulant que parce que Crown Point Hotel était parvenue à une entente avec le syndicat et avait signé une convention collective, il était devenu nécessaire pour le syndicat de procéder à un autre vote de grève uniquement pour les employés de l'intimée. Si le vote de grève était valide lorsqu'il a été décidé et qu'on y a donné suite par avis, il ne pouvait par la suite devenir invalide simplement parce que le conflit qui l'avait déclenché n'avait pas été définitivement réglé.

*Le* juge Dickson, *dissident*: Le mot unité ne devrait pas être considéré comme étant limité dans le contexte du par. (1) de l'art. 25 du *Mediation Services Act* à une unité pour laquelle un syndicat est accrédité. Le vote pris le 13 mai 1973 donnait au syndicat un mandat, sous réserve d'observation des exigences de la loi relatives à l'avis de grève, de décréter la grève de la totalité ou d'une partie des employés formant le groupe composite et ce mandat n'a pas été annulé par suite d'événements subséquents. La validité du vote se détermine au moment où le vote a été pris et non pas au moment où quelques-uns des employés touchés par le vote se mettent effectivement en grève.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique [1] rejetant un appel d'une ordonnance qui avait accordé une injonction ordonnant au syndicat appelant de s'abstenir de faire du piquetage à

[1] 42 D.L.R. (3d) 693.

C.J. and Judson, Ritchie and Dickson JJ. dissenting.

*J. M. Giles* and *R. C. Gardner,* for the defendant, appellant.

*K. J. Smith,* for the plaintiff, respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Judson and Ritchie JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—What is in issue in this appeal is something fundamental in labour-management relations, namely, the integrity of voluntary collective bargaining. It is notorious that long before labour relations legislation was enacted in British Columbia, compelling employers to bargain collectively with trade unions which obtained certification thereunder as bargaining agents for employees of those employers, there were collective bargaining relations between employers and trade unions which were the product of voluntary recognition of such trade unions by employers. The introduction of compulsory collective bargaining legislation did not exclude voluntary recognition, and consequent voluntary bargaining, other than to require proof, if an issue arose thereon, that a collective agreement which resulted from voluntary negotiation was supported by a majority of the employees covered thereby.

Certification of a trade union as bargaining agent qualifies it to compel an employer to bargain collectively with it on behalf of employees for whom the union has been so certified. Those employees, collectively, form the "unit" in respect of which collectively bargaining is compelled. In the *Labour Relations Act,* R.S.B.C. 1960, c. 205, "unit" is defined simply as meaning a "group of employees", sensibly so because what is central to the certification process is ensuring (as s. 10(1) of the Act specifies) that the "unit" is appropriate for collective bargaining. If a collective agreement results from the bargaining, it may cover additional or fewer classes of employees, as the parties may mutually decide; but, of course, each may insist that the bargaining be confined

l'hôtel de l'intimée. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Judson, Ritchie et Dickson étant dissidents.

*J. M. Giles* et *R. C. Gardner,* pour le défendeur, appelant.

*K. J. Smith,* pour la demanderesse, intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson et Ritchie a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—La question en litige en ce pourvoi est un point fondamental des relations ouvrières et patronales, à savoir, l'intégrité des négociations collectives volontaires. Bien avant l'adoption, en Colombie-Britannique, de la législation sur les relations de travail, obligeant les employeurs à négocier collectivement avec les syndicats qui obtenaient l'accréditation en qualité d'agents négociateurs des employés de ces employeurs, il existait des négociations collectives, entre employeurs et syndicats, qui résultaient d'une reconnaissance volontaire de ces syndicats de la part des employeurs. L'adoption d'une législation rendant les négociations collectives obligatoires n'a pas éliminé la reconnaissance volontaire et, par conséquent, les négociations volontaires; elle n'a fait qu'exiger la preuve, en cas de litige, qu'une convention collective qui résultait de négociations volontaires avait l'appui de la majorité des employés qu'elle concernait.

L'accréditation d'un syndicat en qualité d'agent négociateur lui donne le droit et le pouvoir d'obliger un employeur à négocier collectivement avec lui au nom des employés pour lesquels le syndicat a été ainsi accrédité. Ces employés, considérés collectivement, constituent l'«unité» pour laquelle on exige des négociations collectives. Dans le *Labour Relations Act,* R.S.B.C. 1960, c. 205, l'«unité» est simplement définie comme un «groupe d'employés» car l'objet principal de l'accréditation est d'assurer (comme le précise le par. (1) de l'art. 10 de la loi) que l'«unité» est bien de celles qui peuvent participer à des négociations collectives. Si les négociations aboutissent à une convention collective, celle-ci peut s'appliquer à des catégories d'employés additionnelles ou encore seule-

on bahalf of, or be in relation to only that unit for which certification was obtained. Certainly, once a collective agreement has been negotiated, with its specification of employees covered thereby, they become the work force, whether in the same or larger numbers (according to business exigencies) around which the administration of the collective agreement proceeds; and subsequent renewal collective agreements may, as a result of employer business developments or union importunities, or both, vary the job categories which those agreements cover.

It must be kept in mind that the specification of a unit is generally by way of designating the job classifications or work categories in which the employees to be represented in collective bargaining are employed. Conceivably, there may be no work categories, but only a specification of "all employees of an employer", excluding those in a managerial capacity who may not be included in a bargaining unit. At the risk of being unnecessarily obvious, I must point out that the taking of a count of employees in order to satisfy certification requirements of proof that a majority are members of the applicant union does not mean that the certification and the union's status as bargaining agent continue to depend on the very employees remaining in the employer's employ. Fixing the number of employees as of a particular time to enable a count to be made does not mean that the certificate which a union may obtain on that basis is tied to the identical employees or to that number. The subsequent enlargment or contraction of the work force does not alone affect the validity of the certificate and indeed, once a collective agreement is negotiated the certificate has served its purpose and is, for all practical purposes, spent.

With this preface to the facts of the present case, I turn to the specific question which those facts raise. The question arises as follows. On

ment à certaines catégories d'employés, selon que les parties peuvent en décider; mais, naturellement, chacune des parties peut insister pour que ces négociations ne concernant que l'unité pour laquelle l'accréditation a été qu'elle décrit la catégorie d'employés qu'elle protège, ceux-ci constituent la force, qu'ils soient en nombre égal ou supérieur (selon les exigences de l'entreprise), vers laquelle va s'orienter l'administration du contenu de la convention collective; au cours de leurs renouvellements ultérieurs, les conventions collectives pourront, en fonction des développements de l'entreprise de l'employeur ou des déboires du syndicat, ou des deux, modifier les catégories d'emploi que visent ces conventions.

Il ne faut pas oublier qu'on décrit généralement une unité en désignant les classes d'emploi ou catégories de travaux des employés représentés dans les négociations collectives. Certes, il peut ne pas y avoir de catégorie de travaux mais seulement une mention de «tous les employés de l'employeur», à l'exception des cadres qui ne peuvent être inclus dans une unité de négociation. Au risque d'être explicite plus qu'il n'est nécessaire, je souligne que le fait de faire le compte des employés, afin de prouver, pour l'accréditation, qu'une majorité sont membres du syndicat requérant, ne signifie pas que l'accréditation et le statut du syndicat comme agent négociateur continuent à être surbordonnés à la condition que ces mêmes employés restent au service de l'employeur. Le fait de déterminer le nombre d'employés pour un moment donné, afin de pouvoir faire un compte, ne signifie pas que l'accréditation que peut obtenir un syndicat sur cette base est liée à ces mêmes employés particuliers ou à ce nombre. Toute augmentation ou toute diminution ultérieure des effectifs de cette force salariée ne peut à elle seule porter atteinte à la validité du certificat et en fait, une fois la convention collective négociée, l'accréditation a atteint son but et perd, à toutes fins pratiques, son objet.

Cette préface terminée j'en viens à la question particulière soulevée par les faits de l'espèce. La voici: le 5 décembre 1968, le syndicat

December 5, 1968, the appellant union was certified as bargaining agent for all employees of the respondent at its motor inn in Trail, British Columbia, except those excluded by the *Labour Relations Act*. On May 5, 1970, the appellant union was similarly certified as bargaining agent for the employees of the Crown Point Hotel Ltd., operators of a hotel also situated in Trail. It does not clearly appear from the material in the record whether the union and the respective employers entered into separate collective agreements through negotiations following the respective certifications. It would not be a material consideration in this case whether they did or did not. What is undisputed on the material is that as a result of a suggestion by an official of the British Columbia Hotels Association, who approached the appellant union on behalf of the two hotels, the union agreed to bargain with the two employers jointly to negotiate one collective agreement which would apply to the employees of both employers. This, of course, was voluntary on the union's part as it was on the part of the two employers because the union was not certified for employees in a multi-employer unit.

The voluntary negotiations resulted in a collective agreement dated May 12, 1971, but with effect from April 1, 1971 to March 31, 1973. Negotiations for a renewal agreement began before this expiry date and continued thereafter but they proved unsuccessful. On or about May 13, 1973, the union, in order to comply with a statutory requirement of a strike vote, pursuant to s. 25 of the *Mediation Services Act*, 1968 (B.C.), c. 26, took a ballot of the employees of the two hotels covered by the expired collective agreement. A majority of the employees who voted supported strike action. Notice of such action was given to the two hotels as required by the *Mediation Services Act*. Thereafter, a government mediator was appointed to help resolve the differences and he worked out proposals which were accepted by the union following a secret ballot of the employees of the two hotels who supported the proposals by their vote. This second vote was on June 10, 1973,

appelant a été accrédité comme agent négociateur de tous les employés de l'intimée travaillant à l'auberge-motel de Trail, Colombie-Britannique, à l'exception de ceux qu'excluait le *Labour Relations Act*. Le 5 mai 1970, le syndicat appelant a aussi été accrédité comme agent négociateur des employés de la Crown Point Hotel Ltd., exploitante d'un hôtel également situé à Trail. Il ne ressort pas clairement des documents contenus au dossier si le syndicat et les employeurs respectifs ont signé des conventions collectives distinctes à la suite de négociations ayant fait suite aux accréditations respectives. En fait, ce point n'est pas important en l'espèce. Ce qui n'est pas contesté, d'après le dossier, c'est qu'à la suite de la proposition d'un agent de la British-Columbia Hotels Association, qui a fait des démarches auprès du syndicat appelant, au nom des deux hôtels, le syndicat a consenti à négocier conjointement avec les deux employeurs en vue d'aboutir à une convention collective unique qui s'appliquerait aux employés des deux employeurs. Ceci, naturellement, était un acte volontaire de la part du syndicat de même que de la part des deux employeurs car le syndicat n'était pas accrédité pour des employés appartenant à une unité pluripatronale.

Les négociations volontaires ont abouti à une convention collective en date du 12 mai 1971, rétroactive au 1er avril 1971 et devant rester en vigueur jusqu'au 31 mars 1973. Des négociations pour renouveler la convention ont commencé avant la date d'expiration de celle-ci et se sont poursuivies par la suite, mais sans succès. Aux environs du 13 mai 1973, le syndicat, afin de se conformer à l'exigence légale d'un vote de grève, conformément à l'art. 25 du *Mediation Services Act*, 1968 (C.-B.), c. 26, a procédé à un scrutin des employés des deux hôtels visés par la convention collective expirée. Une majorité des employés votants se sont prononcés en faveur de la grève. Comme l'exigeait le *Mediation Services Act*, un préavis de grève a été remis aux deux hôtels. Par la suite, un médiateur gouvernemental a été nommé pour essayer de résoudre le différend; il a fait des propositions que le syndicat a acceptées à la suite d'un scrutin secret des employés des deux hôtels

and subsequent efforts at settlement were productive so far as the Crown Point Hotel Ltd. was concerned but not so far as the respondent herein was concerned. The union entered into a renewal agreement with the Crown Point Hotel Ltd. on July 6, 1973, and on that day began to picket the respondent's premises.

It is common ground that the legality of the strike and of the accompanying picketing depends in this case on whether the statutory requirement of s. 25(1) of the *Mediation Services Act*, respecting the requirement of a strike vote, was met by the ballot taken of the employees of both hotels. Section 25(1) reads as follows:

> No person shall declare or authorize a strike, and no employee shall strike, until after a vote has been taken by secret ballot of the employees in the unit affected as to whether to strike or not to strike, and the majority of such employees who vote have voted in favour of a strike.

Was there then a secret ballot taken here of "the employees in the unit affected"? In my opinion the answer is clearly "yes" and, subject to a point that I shall mention later, this is determinative of the appeal which should accordingly be allowed.

"Unit" is defined in s. 2(1) of the *Mediation Services Act* to mean "a group of employees on whose behalf a trade union is, or has been, engaged in collective bargaining". The group here on whose behalf the union was so engaged was the total of the employees of the two hotels. It is said, however, that there were two units, because the union was separately certified for the employees of each employer, and hence there should have been two separate votes. I am unable to understand how the clock can be turned back, after a two-year agreement on a multi-employer basis has run its course, and a view be proposed that is consistent only with either separate collective agreements or with a breakdown of negotiations on a first collective agreement.

approuvant les propositions. Ce second vote a eu lieu le 10 juin 1973 et des efforts ultérieurs de conciliation ont abouti, en ce qui concerne la Crown Point Hotel Ltd., mais non en ce qui concerne l'intimée en l'espèce. Le syndicat a conclu une nouvelle convention avec la Crown Point Hotel Ltd. le 6 juillet 1973 et, à partir de ce jour, a commencé le piquetage des locaux de l'intimée.

Il est admis que la légalité de la grève et du piquetage qui l'accompagnait dépend, en l'espèce, de la question de savoir si le vote des employés des deux hôtels répondait à l'exigence légale du par. (1) de l'art. 25 du *Mediation Services Act* demandant qu'il y ait un vote de grève. Le par. (1) de l'art. 25 se lit comme suit:

> [TRADUCTION] Nul ne doit déclarer ou autoriser une grève, et aucun employé ne doit faire la grève avant qu'un vote n'ait été pris par scrutin secret des employés dans l'unité touchée quant à la question de savoir si l'on doit faire ou ne pas faire la grève, et que la majorité de ces employés qui ont voté ne se soit prononcée en faveur d'une gève.

Y a-t-il donc eu en l'espèce un scrutin secret «des employés dans l'unité touchée»? A mon avis, la réponse est clairement «oui» et, sous réserve d'un point que je mentionnerai plus tard, ceci suffit à régler le sort du pourvoi, qui doit être accueilli.

Le *Mediation Services Act* définit l'«unité» au par. (1) de l'art. 2 comme «un groupe d'employés au nom de qui un syndicat participe, ou a participé, à des négociations collectives». En l'espèce, le groupe au nom duquel le syndicat a participé aux négociations était constitué de l'ensemble des employés des deux hôtels. On affirme, toutefois, qu'il existait deux unités parce que le syndicat avait été accrédité séparément pour les employés de chaque employeur, et que, par conséquent, il aurait dû y avoir deux votes distincts. Je ne vois absolument pas comment on pourrait faire machine arrière, après l'expiration d'une convention signée pour deux ans sur une base pluripatronale, et proposer une opinion qui ne soit valable qu'avec des conventions collectives signées séparément ou qu'en cas de rupture des négociations d'une première convention collective.

The definitions of "unit" in the *Labour Relations Act* ("unit" means a group of employees) and in the *Mediation Services Act* ("unit" means a group of employees on whose behalf a trade union is or has been engaged in collective bargaining) are directed to different purposes; the former is directed to the establishment of a basis upon which the right to certification can be determined; the latter is concerned with the aftermath of certification, when bargaining either for a first agreement or for a renewal agreement has taken place. In first agreement bargaining, there will generally be a correspondence between those covered under either definition, but not necessarily a correspondence in persons or in numbers if the employer's work force has been increased or decreased or has been subject to turn-over. In renewal collective agreement bargaining, the "unit" in *Labour Relations Act* terms is meaningless. Those covered by the agreement whose expiration has precipitated renewal negotiations are surely the persons affected if either a new agreement is made or if a strike is called or if a lockout takes place.

Les définitions du mot «unité» dans le *Labour Relations Act* («unité» désigne un groupe d'employés) et dans le *Mediation Services Act* («unité» désigne un groupe d'employés au nom duquel un syndicat participe ou a participé à des négociations collectives) ont des objets différents; la première vise à créer le fondement du droit à l'accréditation; la seconde vise les conséquences de l'accréditation, lorsqu'on eu lieu des négociations soit en vue de la signature d'une première convention soit en vue du renouvellement d'une convention. Dans le cadre de négociations visant une première convention, il y aura généralement correspondance entre les employés visés par les deux definitions mais pas nécessairement correspondance entre les individus ou leur nombre si les effectifs de l'employeur ont augmenté ou diminué ou fait l'objet d'un roulement. Dans le cadre de négociations visant au renouvellement d'une convention collective, l'«unité» définie dans le *Labour Relations Act* est dépourvue de toute signification. Les employés visés par la convention dont l'expiration a précipité les négociations de renouvellement sont sûrement les personnes touchées si une nouvelle convention est signée, une grève déclenchée ou un *lockout* décidé.

The *Mediation Services Act* alone deals with the failure of negotiations either for a first agreement or for a renewal agreement. There is nothing in the *Labour Relations Act* that relates to the procedures or the machinery for heading off or controlling strikes or lockouts. The *Mediation Services Act* recognizes multi-employer bargaining, both as it affects the union party to a multi-employer agreement and as it affects the various employers parties to the one agreement. Section 26(1) of the Act is, in my opinion, the counterpart on the employer side of s. 25 because it provides that "where more than one employer is engaged in the same dispute with their employees", there shall be no lockout "until after a vote has been taken by secret ballot of all employers . . . and a majority of

Seul le *Mediation Services Act* traite de l'échec des négociations soit lors d'une première convention soit lors de son renouvellement. Il n'existe rien dans le *Labour Relations Act* qui traite des procédures ou des mécanismes permettant d'éviter ou de contrôler les gèves ou les *lockouts*. Le *Mediation Services Act* reconnaît les négociations pluripatronales, à la fois en tant qu'elles touchent le syndicat partie à une convention pluripatronale et en tant qu'elles touchent les différents employeurs parties à la convention unique. Le par. (1) de l'art. 26 de la loi est, à mon avis, l'équivalent, du côté employeur, de l'art. 25, car il prévoit que [TRADUCTION] «lorsque plus d'un employeur est impliqué dans le même conflit avec ses employés», il ne doit pas y avoir de *lockout* «avant qu'un vote n'ait

such employers who vote have voted in favour of a lockout".

What we are being asked to do in this case is to unscramble an omelette. If it is the case that unions that have bargained with more than one employer cannot lawfully take a strike vote of the composite employee force if they have not been certified for a multi-employer unit, what then becomes of voluntary collective bargaining and voluntary collective agreements? I see no difference that makes industrial relations sense between a situation where a union has initially bargained with more than one employer without having been certified in any way and a situation where it has bargained with a group of employers jointly after having been certified (and perhaps bargained) separately with each of them before entering into one composite collective agreement covering the employees of all of those employers.

There is nothing in the relevant legislation of British Columbia that requires unions to be certified before taking a strike vote following a rupture of relations after a collective agreement has expired. If it is required of a union which has had multi-employer bargaining relations, it must be equally required of a union that bargains on a voluntary basis with one employer. The fact of previous separate certifications in respect of different employers dissolves in a multi-employer agreement which is the product of voluntary bargaining. It is obvious to me that only by reading the words in s. 25(1) of the *Mediation Services Act* as referable to the collective bargaining process, to which they are addressed, and not to the certification process, do we have consistency with the object that they serve, namely, the promotion of peaceful industrial relations, through assisting mediation if necessary, under negotiated collective agreements.

été pris par scrutin secret de tous les employeurs ... et qu'une majorité de ces employeurs qui ont voté n'ait voté en faveur d'un *lockout*».

Ce que l'on nous demande en l'espèce c'est de défaire une omelette. S'il est vrai que des syndicats qui ont négocié avec plus d'un employeur ne peuvent légalement demander à une force salariée composite de voter pour la grève, s'il n'ont pas été accrédités pour négocier avec une unité pluripatronale, qu'advient-il alors des négociations collectives volontaires et des conventions collectives volontaires? Du point de vue des relations patronales et ouvrières, je ne vois aucune différence entre une situation dans laquelle un syndicat a, au début, négocié avec plus d'un employeur sans avoir reçu d'accréditation de quelque sorte et une situation dans laquelle il a négocié avec un groupe d'employeurs conjointement après avoir été accrédité (et peut-être avoir négocié) séparément avec chacun d'entre eux avant de conclure une convention collective composite s'adressant aux employés de tous ces employeurs.

Rien, dans la législation pertinente de la Colombie-Britannique, n'exige l'accréditation des syndicats avant l'adoption d'un vote de grève à la suite d'une rupture des relations de travail à l'expiration d'une convention collective. Si on l'exige d'un syndicat qui a déjà négocié avec plusieurs employeurs, on doit également l'exiger d'un syndicat qui négocie sur une base volontaire avec un seul employeur. L'existence d'accréditations antérieures distinctes à l'égard de différents employeurs se dissout en présence d'une convention pluripatronale résultant de négociations volontaires. Il me paraît évident que ce n'est qu'en interprétant les mots du par. (1) de l'art. 25 du *Mediation Services Act* comme se rapportant au processus des négociations collectives, que visent ces mots, et non au processus d'accréditation, qu'il y a harmonie avec l'objet que ces mots servent, savoir, la promotion de relations paisibles entre patrons et ouvriers, grâce à l'intervention d'un médiateur si cela est nécessaire, sous le régime de conventions collectives négociées.

There is one further point that arises in this case to which I would turn, and it is the point taken by the majority of the British Columbia Court of Appeal, namely, that because Crown Point Hotel Ltd. settled with the union and entered into a collective agreement that made it necessary for the union to take another strike vote of only the employees of the respondent. This view, as it was expressed in the reasons of the majority, ignores the provisions of s. 25(2) which specifies the time within which a strike must follow upon the taking of a strike vote and which requires notice of intended strike action to be given to the employers. That notice was given to the respondent and similarly to the Crown Point Hotel Ltd. If as is implicit, if not explicit, in the reasons of the majority, the strike vote was valid when taken and when acted upon, I do not see how it could subsequently become invalid when the dispute which brought it on had not been completely settled. It may be urged that there is logic in the position taken in the Court below. I commend in this respect, having regard to the dynamics of labour-management relations, Holmes' well-known statement in *New York Trust Co. v. Eisner*[2], at p. 349, that "a page of history is worth a volume of logic".

I would allow the appeal with costs in the Courts below, but the costs in this Court shall be payable by the appellant to the respondent on a solicitor-client basis pursuant to the order granting leave to appeal.

The judgment of Martland, Spence and de Grandpré JJ. was delivered by

SPENCE J.—I have had the opportunity of reading the reasons prepared by both the Chief Justice and Mr. Justice Dickson. I have, however, come to the conclusion that the appeal should be dismissed for these reasons.

[2] (1921), 256 U.S. 345.

Il existe un autre point en l'espèce sur lequel j'aimerais insister et c'est celui qu'a retenu la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à savoir, que du fait que la Crown Point Hotel Ltd. était parvenue à une entente avec le syndicat et avait signé une convention collective, cela obligeait le syndicat à procéder à un autre vote de grève uniquement pour les employés de l'intimée. Cette opinion, telle qu'exprimée dans les motifs de la majorité, méconnaît les dispositions du par. (2) de l'art. 25 qui précise le délai réglementaire pour déclencher une grève à la suite d'un vote à cet effet et exige la remise d'un préavis de grève aux employeurs. Ce préavis a été remis à l'intimée de même qu'à la Crown Point Hotel Ltd. Si, comme il découle des motifs de la majorité de façon implicite sinon expresse, le vote de grève était valide lorsqu'il a été décidé et qu'on y a donné suite par avis, je ne vois pas comment il ne pourrait plus l'être par la suite lorsque le conflit qui l'a déclenché n'a pas été définitivement réglé. On peut alléguer l'existence d'une certaine logique dans la position des cours d'instance inférieure. Sous ce rapport, eu égard à la dynamique des relations patronales et ouvrières, j'estime tout à fait pertinent l'énoncé bien connu de Holmes dans l'affaire *New York Trust Co. v. Eisner*[2], à la p. 349, selon lequel [TRADUCTION] «une page d'histoire vaut tout un livre de logique».

J'accueillerais le pourvoi avec dépens dans les cours d'instance inférieure, mais les dépens en cette Cour seront payables par l'appelant à l'intimée sur une base procureur-client conformément à l'ordonnance accordant l'autorisation d'appeler.

Le jugement des juges Martland, Spence et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE SPENCE—J'ai eu l'occasion de lire les motifs rédigés tant par M. le Juge en chef que par M. le juge Dickson. Je suis arrivé, cependant, à la conclusion que le pourvoi doit être rejeté pour les motifs exposés aux présentes.

[2] (1921), 256 U.S. 345.

I am in complete agreement with the reasons expressed by the Chief Justice in so far as he, in those reasons, distinguishes between a "unit" and a "certified unit" and maintains the position of voluntary collective bargaining without the aid of any certification under the provisions of the *Labour Relations Act*, R.S.B.C. 1960, c. 205. The issue in this appeal, however, is whether or not the unit certified under the provisions of the *Labour Relations Act* as appropriate for bargaining with Terra Nova Motor Inn Ltd. was or was not barred from striking by the prohibitive provisions of s. 25 of the *Mediation Services Act*, 1968 (B.C.), c. 26 (as amended). Section 25(1) of that statute provides:

> 25. (1) No person shall declare or authorize a strike, and no employee shall strike, until after a vote has been taken by secret ballot of the employees in the unit *affected* as to whether to strike or not to strike, and the majority of such employees who vote have voted in favour of a strike.

(The italics are my own.)

The problem, therefore, becomes one whether "a vote has been taken by secret ballot of the employees in the unit *affected*". The unit affected was "the employees of Terra Nova Motor Inn Ltd., 1001 Rossland Street, Trail, B.C." (See Ex. "A" to the Affidavit of G. Larose.)

There never had been a vote of the employees in that unit authorizing a strike at the Terra Nova Motor Inn. There had been a vote by the members of that unit and another unit similarly certified with the Crown Point Hotel authorizing a strike at both industries. So long as the two certified units, *i.e.*, that certified for the Crown Point Hotel and that certified for the Terra Nova Motor Inn, acted in concert there could be no objection to a vote taken at a joint meeting of the two certified units with no separation of the members of the one certified unit or the other. The strike authorized at the vote of such

Je suis pleinement d'accord avec les motifs exposés par M. le Juge en chef dans la mesure où, dans ses motifs, il fait une distinction entre une «unité» et une «unité accréditée» et fait valoir que des négociations collectives volontaires peuvent intervenir sans accréditation sous le régime des dispositions du *Labour Relations Act*, R.S.B.C. 1960, c. 205. La question en ce pourvoi, cependant, est de savoir si, oui ou non, l'unité accréditée sous le régime des dispositions du *Labour Relations Act* comme étant qu'une unité propre à négocier avec Terra Nova Motor Inn Ltd. était ou n'était pas empêchée de faire la grève par les dispositions prohibitives de l'art. 25 du *Mediation Services Act*, 1968 (B.C.), c. 26 (tel que modifié). Le par. (1) de l'art. 25 de cette loi-là prévoit ceci:

> [TRADUCTION] 25. (1) Nul ne doit déclarer ou autoriser une grève, et aucun employé ne doit faire la grève, avant qu'un vote n'ait été pris par scrutin secret des employés dans l'unité *touchée* quant à la question de savoir si l'on doit faire ou ne pas faire la grève, et que la majorité de ces employés qui ont voté ne se soit prononcée en faveur d'une grève.

(Les italiques sont de moi.)

La difficulté, par conséquent, revient alors à se demander si un vote a «été pris par scrutin secret des employés dans l'unité *touchée*». L'unité touchée était [TRADUCTION] «les employés de Terra Nova Motor Inn Ltd., 1001 rue Rossland, Trail, C.-B.» (Voir Pièce «A» de la déclaration sous serment de G. Larose.)

Il n'y avait jamais eu dans cette unité de vote des employés autorisant une grève à l'auberge-motel Terra Nova. Il y avait eu par les membres de cette unité et d'une autre unité semblablement accréditée auprès de l'hôtel Crown Point un vote autorisant une grève aux deux endroits. Aussi longtemps que les deux unités accréditées, soit celle accréditée pour l'hôtel Crown Point et celle accréditée pour l'auberge-motel Terra Nova, agissaient de concert il ne pouvait y avoir d'objection à un vote pris à une réunion conjointe des deux unités accréditées sans distinction des membres de l'une ou l'autre des

general meeting never took place. The dispute with the Crown Point Hotel was settled and the members of the certified unit for that hotel entered into a new collective agreement with their employer.

What was proposed and what commenced on July 6, 1973, was a different strike and was a strike of the employees who were members of the unit certified for bargaining with the Terra Nova Motor Inn Ltd.

I have had regard for s. 25(2) and s. 26 of the *Mediation Services Act*. I can see nothing in either of those sections which would cause me to vary the opinion I have expressed above. I am, moreover, of the opinion that this view of the matter is the only one which can protect sufficiently employers in small industries and the employees thereof from being overborne by employers and employees in larger industries. It is surely perfectly proper to conduct multiple collective bargaining between the employers and the employees of many industries in the same field varying considerably in size but neither the smaller employer nor his workmen can be protected from the disturbing effects of a strike unless and until the employees of that smaller industry, being the unit "affected", themselves alone vote for or against a strike directed only against their own employer.

It is worthy of note that in the vote in favour of the strike held at the joint meeting of the two units where the ballot was a secret one, there being no separation of the votes cast by the members of either the one unit or the other unit, seventeen members voted against a strike. The affidavit of G. Larose filed on behalf of the Terra Nova Motor Inn Ltd. shows that it had only twenty-four employees. Of course, no one can say who constituted either the forty-seven who voted in favour of the strike or the seventeen who voted against the strike but these numbers illustrated the possibility of the exact result occurring which I have suggested might occur and I am of the opinion that the statute should be so interpreted as to prevent such an occurrence.

unités accréditées. La grève autorisée lors du vote pris à cette réunion générale n'a jamais eu lieu. Le conflit avec l'hôtel Crown Point a été réglé et les membres de l'unité accréditée auprès de cet hôtel ont conclu une nouvelle convention collective avec leur employeur.

Ce qui a été proposé et a commencé le 6 juillet 1973 était une grève différente et se trouvait être une grève des employés qui étaient membres de l'unité accréditée pour négocier collectivement avec Terra Nova Motor Inn Ltd.

J'ai tenu compte des art. 25, par. (2), et 26 du *Mediation Services Act*. Je ne vois rien dans l'un ou l'autre de ces articles qui pourrait m'amener à modifier l'opinion que j'ai exprimée ci-dessus. Je suis, en outre, d'avis que cette façon de voir l'affaire est la seule qui peut protéger suffisamment les petits employeurs et leurs employés de l'emprise des employeurs et employés d'entreprises plus importantes. Il est certes tout à fait régulier de mener des négociations collectives multiples entre employeurs et employés de beaucoup d'entreprises d'importance très différente œuvrant dans un même domaine mais le petit employeur non plus que ses salariés ne peuvent être protégés des effets perturbants d'une grève tant et aussi longtemps que les employés de cette petite entreprise, étant l'unité «touchée», n'auront pas eux-mêmes voté seuls en faveur ou contre une grève dirigée seulement contre leur propre employeur.

Il est bon de noter que lors du vote de grève tenu à la réunion conjointe des deux unités dans laquelle le scrutin était secret, sans distinction des votes exprimés par les membres de l'une ou l'autre des deux unités, dix-sept membres ont voté contre la grève. La déclaration sous serment de G. Larose produite au nom de Terra Nova Motor Inn Ltd. montre que celle-ci n'avait que vingt-quatre employés. Bien entendu, personne ne peut dire d'où viennent les quarante-sept suffrages en faveur de la grève ou les dix-sept à l'encontre mais ces chiffres illustrent la possibilité qu'ait pu survenir précisément ce à quoi j'ai fait allusion et je suis d'avis que la loi devrait être interprétée de telle façon qu'une telle éventualité ne puisse se produire.

I would, therefore, dismiss the appeal with costs on a solicitor and client basis in accordance with the order of the Court of Appeal of British Columbia granting leave to appeal to this court.

The judgment of Pigeon and Beetz JJ. was delivered by

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the reasons prepared by the Chief Justice, by Mr. Justice Spence and by Mr. Justice Dickson.

I concede that the strike vote taken on May 13, 1973, was a valid one. The question however is whether, with respect to the strike which effectively took place, that vote met with the requirements of s. 25(1) of the *Mediation Services Act*. It was the vote of a unit which had been formed on a voluntary basis for the purpose of negotiating with two employers. In my view, this voluntary unit was voluntarily dissolved the moment the Crown Point Hotel, one of the two employers, and the union, on behalf of the employees of that hotel, entered into a separate collective agreement. What remained was the unit of the employees of the Terra Nova Motor Inn Limited. It was this unit which was affected by the strike and the employees in this unit had not voted on whether to strike or not to strike.

In the result, I agree with Mr. Justice Spence.

DICKSON J.—This is a case of statutory construction which has given rise to some difficulty. The appeal is from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia dismissing an appeal from an order of a Local Judge granting an injunction to the respondent, Terra Nova Motor Inn Ltd., enjoining the appellant union from picketing the respondent's hotel.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens adjugés sur une base procureur-client conformément à l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique accordant l'autorisation d'appeler à cette Cour.

Le jugement des juges Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par M. le Juge en chef, par M. le juge Spence et par M. le juge Dickson.

Je reconnais que le vote de grève pris le 13 mai 1973 était valide. La question cependant est de savoir si, à l'égard de la grève qui a effectivement eu lieu, ce vote a satisfait aux exigences du par. (1) de l'art. 25 du *Mediation Services Act*. Ce vote était celui d'une unité qui avait été formée sur une base volontaire dans le but de négocier avec deux employeurs. A mon avis, cette unité volontaire a été volontairement dissoute dès lors que le Crown Point Hotel, un des deux employeurs, et le syndicat, au nom des employés de cet hôtel, ont signé une convention collective distincte. Ce qui restait était l'unité formée des employés de Terra Nova Motor Inn Limited. C'est cette dernière unité qui était touchée par la grève et les employés groupés dans cette unité n'avaient pas voté sur la question de savoir s'ils devaient ou ne devaient pas faire la grève.

Je souscris aux conclusions de M. le juge Spence.

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Il s'agit d'une affaire d'interprétation de texte législatif qui a suscité quelque difficulté. Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejetant un appel d'une ordonnance d'un *Local Judge* qui avait accordé une injonction à l'intimée, Terra Nova Motor Inn Ltd., ordonnant au syndicat appelant de s'abstenir de faire du piquetage à l'hôtel de l'intimée.

The facts are not in dispute and may be shortly stated. The union has been the certified bargaining agent for the employees at the respondent's hotel in Trail, British Columbia, since December 5, 1968. The union has also been the certified bargaining agent for the employees of Crown Point Hotel, also in Trail. In the early part of 1971 the union agreed to a proposal of an officer of the B.C. Hotels Association on behalf of the two hotels to the effect that the two hotels would bargain jointly with the union on behalf of employees of both hotels as a single group. Subsequently, a collective agreement was entered into by the employees of the two hotels with their respective employers. The agreement commenced April 1, 1971, and expired on March 31, 1973.

Following expiry of this agreement, negotiations for the purpose of concluding a new agreement were carried out by a committee representing both hotels on one side and the union representing the employees of both hotels as one group on the other. In the early part of May, negotiations broke down and on May 13, 1973, the union in order to comply with s. 25 of the *Mediation Services Act*, 1968 (B.C.), c. 26, requiring a strike vote, took a secret ballot of the employees of both hotels as one group. A majority of the employees voted to strike. On May 18, 1973, strike notice as required by the *Mediation Services Act* was sent by the union to both hotels. Following the giving of strike notice, a mediaton officer was appointed and further negotiations took place. In the early part of June, the mediation officer submitted a proposal to both sides. On June 10, 1973, the employees of both hotels, voting as one group, agreed to accept the proposal. Crown Point Hotel also agreed to it, but the respondent, Terra Nova Motor Inn Ltd., rejected it. Thereafter Crown Point Hotel and the union, on behalf of the employees of that hotel, entered into a collective agreement. On July 6, 1973, the union took strike action and commenced picketing the premises of the respondent's hotel. On July 18, 1973, the respondent commenced these proceedings against the union.

Les faits ne sont pas contestés et ils peuvent être énoncés brièvement. Le syndicat est l'agent négociateur accrédité des employés de l'hôtel de l'intimée à Trail, Colombie-Britannique, depuis le 5 décembre 1968. Le syndicat est aussi l'agent négociateur accrédité des employés de l'hôtel Crown Point, de Trail également. Au début de 1971 le syndicat a accepté une proposition faite au nom des deux hôtels par un dirigeant de la B.C. Hotels Association et selon laquelle les deux hôtels négocieraient conjointement avec le syndicat, ce dernier pour le compte d'employés des deux hôtels à titre de groupe unique. Par la suite, une convention collective a été signée par les employés des deux hôtels avec leurs employeurs respectifs. La convention collective est entrée en vigueur le 1er avril 1971 et a expiré le 31 mars 1973.

A la suite de l'expiration de cette convention, des négociations ayant pour but la conclusion d'une nouvelle convention ont été menées par un comité représentant les deux hôtels, d'une part, et le syndicat représentant les employés des deux hôtels en tant qu'un groupe, d'autre part. Au début du mois de mai, les négociations ont été rompues et le 13 mai 1973 le syndicat, afin de se conformer à l'art. 25 du *Mediation Services Act*, 1968 (C.-B.), c. 26, lequel exigeait un vote de grève, fit voter au scrutin secret, en un seul groupe, les employés des deux hôtels. Une majorité des employés ont voté en faveur de la grève. Le 18 mai 1973, l'avis de grève exigé par le *Mediation Services Act* a été envoyé par le syndicat aux deux hôtels. Après que l'avis de grève eut été donné, un médiateur fut nommé et les négociations reprirent. Au début du mois de juin, le médiateur a soumis une proposition aux deux parties. Le 10 juin 1973, les employés des deux hôtels, votant en tant qu'un groupe ont convenu d'accepter la proposition. Crown Point Hotel l'a acceptée aussi mais l'intimée, Terra Nova Motor Inn Ltd., l'a rejetée. Par la suite, Crown Point Hotel et le syndicat au nom des employés de cet hôtel, ont signé une convention collective. Le 6 juillet 1973, le syndicat a déclenché la grève et commencé à faire du piquetage sur la propriété de l'hôtel de l'intimée. Le 18 juillet 1973, l'intimée a amorcé contre le syndicat les procédures dont il s'agit en l'espèce.

The outcome of this appeal depends upon the legality of the strike which itself depends upon the validity of the strike vote taken on May 13, 1973. If that vote is invalid the strike is illegal and the picketing is illegal and the injunction restraining the picketing should stand. The respondent maintains that the vote was not a proper vote as required by s. 25 of the *Mediation Services Act*. The appellant maintains the provisions of s. 25 of the Act were complied with by the union in its vote on May 13, 1973, and, as a result, the strike and the picketing are, in fact, legal and the injunction should be dissolved. In the Court of Appeal, the appellant also contended that the respondent had failed to adduce sufficient evidence of irreparable harm not compensable by an award of damages at trial. Nemetz J. A. would have refused the interlocutory injunction on the ground that a case of irreparable damage had not been made out. In this Court, counsel for the appellant abandoned that argument and relied solely on the submission that the Court of Appeal ought to have found that the strike vote conducted by the union complied with the requirements of s. 25 of the *Mediation Services Act*. This is the sole issue to be decided.

This issue depends upon the interpretation placed upon s. 25(1) of the *Mediation Services Act*, which reads as follows:

> 25. (1) No person shall declare or authorize a strike, and no employee shall strike, until after a vote has been taken by secret ballot of *the employees in the unit affected as to whether to strike or not to strike*, and the majority of such employees who vote have voted in favour of a strike.

(Emphasis mine.)

Imprecise drafting of this seciton, combined with the unusual facts of this case, have created the task of statutory construction facing the Court in this appeal.

The nub of the problem centres on the meaning of the phrase "the employees in the unit

Le résultat de ce pourvoi dépend de la légalité de la grève qui elle-même dépend de la validité du vote de grève pris le 13 mai 1973. Si ce vote est nul, la grève est illégale et le piquetage est illégal et l'injonction empêchant le piquetage doit être maintenue. L'intimée soutient que le vote n'a pas été un vote régulier rencontrant les exigences de l'art. 25 du *Mediation Services Act*. L'appelant soutient que le syndicat a satisfait aux dispositions de l'art. 25 de cette loi par son vote du 13 mai 1973 et, par conséquent, que la grève et le piquetage sont, en fait, légaux et qu'on devrait mettre fin à l'injonction. Devant la Cour d'appel, l'appelant a aussi prétendu que l'intimée n'avait pu établir de façon satisfaisante la preuve d'un dommage irréparable qu'une condamnation à des dommages-intérêts ne pourrait compenser. Le juge d'appel Nemetz aurait refusé l'injonction interlocutoire pour le motif que la preuve d'un dommage irréparable n'avait pas été faite. Devant cette Cour, l'avocat de l'appelant n'a pas soulevé ce moyen et s'est appuyé uniquement sur la prétention que la Cour d'appel aurait dû décider que le vote de grève pris par le syndicat répondait aux exigences de l'art. 25 du *Mediation Services Act*. C'est la seule question à décider.

Cette question dépend de l'interprétation que l'on donne au par. (1) de l'art. 25 du *Mediation Services Act*, qui se lit comme suit:

> [TRADUCTION] 25. (1) Nul ne doit déclarer ou autoriser une grève, et aucun employé ne doit faire la grève, avant qu'un vote n'ait été pris par scrutin secret *des employés dans l'unité touchée quant à la question de savoir si l'on doit faire ou ne pas faire la grève*, et que la majorité de ces employés qui ont voté ne se soit prononcée en faveur d'une grève.

(Les italiques sont de moi.)

La rédaction imprécise de cet article, alliée avec les faits inhabituels de l'espèce, est à la source de la tâche d'interprétation de texte législatif qui s'impose à la Cour dans ce pourvoi.

Le nœud du problème repose sur la signification des mots «des employés dans l'unité tou-

affected as to whether to strike or not to strike". The validity of the strike vote depends upon whether the proper group of employees as envisioned by this phrase actually voted on May 13, 1973, to authorize a strike. The appellant maintains that the proper group of employees to authorize the strike consisted of both groups of employees from the two hotels; that group did, in fact, vote and therefore the section was complied with. The respondent maintains that the group of employees in the context of the section that should have voted was the group of employees of the Terra Nova Motor Inn; they did not vote as such and, therefore, the section was not complied with.

At the outset, the meaning of the word "unit" in s. 25(1) of the Act must be determined. Does "unit" refer only to a group of employees in respect of which a trade union has been certified as bargaining agent? If it does, the vote is invalid and the strike is illegal, for it is common ground that the union, though certified for both groups of employees as separate units, was not certified for a unit comprising both groups. There is textual support in the totality of the *Mediation Services Act* and the *Labour Relations Act* of British Columbia, R.S.B.C. 1960, c. 205, which would seem to indicate that the word "unit" in the *Mediation Services Act* is restricted to a unit for which a trade union is certified, but I have come to the conclusion, not without hesitancy, that the better view is that the word "unit" should not be held to be restricted within the context of s. 25(1) to a unit for which a trade union is certified. Section 2(1) of the *Mediation Services Act* defines "unit" as a "group of employees on whose behalf a trade union is, or has been, engaged in collective bargaining". There is nothing in this definition nor in any other section of the Act specifically stating that the word "unit" be restricted in its application to a unit for which a union is the certified bargaining agent and it cannot be gainsaid that it was the composite group on whose behalf the union had been engaged at all times in collective bargaining. There is no evidence that at any material time the union conducted

chée quant à la question de savoir si l'on doit faire ou ne pas faire la grève». La validité du vote de grève dépend de la question de savoir si le groupe d'employés qui devait voter selon le sens de ce membre de phrase a effectivement voté le 13 mai 1973 pour autoriser une grève. L'appelant prétend que le groupe d'employés qui pouvait autoriser la grève comprenait l'ensemble des employés des deux hôtels; l'ensemble des employés a effectivement voté et, par conséquent, on a satisfait à l'article. L'intimée prétend que le groupe d'employés qui aurait dû voter dans le contexte de cet article, était le groupe d'employés de Terra Nova Motor Inn; ils n'ont pas voté séparément et, par conséquent, on n'a pas satisfait à l'article.

Au départ, il faut déterminer la signification du mot «unité» dans le par. (1) de l'art. 25 de la loi. Est-ce qu'une «unité» signifie seulement un groupe d'employés pour lequel un syndicat a été accrédité comme agent négociateur? Dans l'affirmative, le vote est nul et la grève est illégale car on s'accorde à reconnaître que le syndicat, bien qu'accrédité pour les deux groupes d'employés à titre d'unités distinctes, n'était pas accrédité comme représentant d'une unité comprenant les deux groupes. Il y a dans l'ensemble du *Mediation Services Act* et du *Labour Relations Act* de la Colombie-Britannique, R.S.C.-B. 1960, c. 205, un appui textuel qui semblerait indiquer que le mot unité du *Mediation Services Act* est limité à une unité pour laquelle un syndicat est accrédité, mais j'en suis venu à la conclusion non sans hésitation, que l'appréciation la plus juste est que le mot «unité» ne devrait pas être considéré comme étant limité dans le contexte du par. (1) de l'art. 25 à une unité pour laquelle un syndicat est accrédité. La par. (1) de l'art. 2 du *Mediation Services Act* définit «unité» comme un «groupe d'employés au nom de qui un syndicat participe, ou a participé à des négociations collectives». Il n'y a rien dans cette définition ni dans aucun autre article de la loi qui énonce de façon spécifique que le mot «unité» doit être limité dans son application à une unité pour laquelle un syndicat est l'agent négociateur accrédité et il est indéniable que c'était pour le groupe composite que le syndicat

bargaining on behalf of the respondent's employees as a separate group.

In interpreting the phrase "affected as to whether to strike or not to strike" in relation to the facts of this case, I have no doubt that at the time of the vote on May 13, 1973, all of the employees who voted were employees affected as to whether to strike or not to strike. The vote gave the union a mandate, subject to compliance with the statutory requirement as to strike notice, to call out on strike all or any part of the employees comprising the composite group. The question then is whether the mandate became invalidated by ensuing developments. In my view the proper time to determine the validity of a vote is at the time the vote is taken and not at the time some of the employees affected by the vote actually go on strike. Validity should not depend upon the course of, or be invalidated by, subsequent events.

The purpose of the *Mediation Services Act* is to promote industrial peace. Following the vote of May 13, 1973, the union could have struck both companies and no one could properly have questioned the lawfulness of the strike. The alternative was to reach a settlement to the extent possible and confine strike action to the area where agreement was not possible. The union chose the latter course of action and I do not think it can be faulted for doing so. In my view we are here concerned with one strike only, not with two strikes, and the validity of that one strike clearly rested upon the validity of the vote taken on May 13, 1973. There was no obligation on the union to take all of the employees, who voted, out on strike. If a vote in favour of strike action is taken affecting a group of employees and it then transpires that part of the group wishes to go out on strike and another part does not, it does not become necessary, in my view, to take a fresh vote of those

avait toujours négocié collectivement. Il n'y a aucune preuve que pendant la période en cause le syndicat a négocié collectivement pour le compte des employés de l'intimée à titre de groupe distinct.

En interprétant en regard des faits de l'espèce les mots «touchée quant à la question de savoir si l'on doit faire ou ne pas faire la grève», je n'ai aucun doute qu'au moment du vote, le 13 mai 1973, tous les employés qui ont voté étaient des employés touchés par la décision de faire ou de ne pas faire la grève. Le résultat du vote a donné au syndicat un mandat, sous réserve d'observation des exigences de la loi relatives à l'avis de grève, de décréter la grève de la totalité ou d'une partie des employés formant le groupe composite. La question est maintenant de savoir si le mandat est devenu annulé par suite d'évènements subséquents. A mon avis c'est au moment où le vote a été pris qu'on doit déterminer la validité du vote et non pas au moment où quelques-uns des employés touchés par le vote se mettent effectivement en grève. La validité ne devrait pas dépendre du cours d'évènements subséquents, ni être infirmée par eux.

Le but du *Mediation Services Act* est de favoriser la paix industrielle. A la suite du vote du 13 mai 1973, le syndicat aurait pu décréter la grève contre les deux compagnies et personne n'aurait eu droit de mettre en question la légalité de la grève. L'autre solution était d'en arriver à un règlement dans la mesure du possible et de confiner le débrayage à l'endroit où une entente s'avérait impossible. Le syndicat a choisi cette dernière façon d'agir et je ne pense pas qu'il peut être blâmé pour l'avoir fait. A mon avis, nous faisons face ici à seulement une grève, et non pas à deux grèves, et la validité de cette grève unique reposait clairement sur la validité du vote pris le 13 mai 1973. Il n'y avait aucune obligation de la part du syndicat de décréter la grève pour tous les employés qui avaient participé au scrutin. Si un vote favorable à la grève est pris chez un groupe d'employés touché par la décision de faire la grève et qu'il arrive par la suite qu'une partie du groupe désire se mettre

employees who actually strike. The legislation does not enjoin a succession of votes.

I would allow the appeal with costs in the Courts below. The Court of Appeal of British Columbia, at the time of granting leave to appeal, imposed the condition that the union give an undertaking to pay the costs of Terra Nova in this Court on a solicitor and client basis in any event of the cause. For that reason, costs in this Court should be payable by the union on a solicitor and client basis.

*Appeal dismissed with costs,* LASKIN C.J. *and* JUDSON, RITCHIE *and* DICKSON JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the defendant, appellant: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent: M. E. Moran, Castlegar.*

en grève et qu'une autre partie ne le veut pas, il ne devient pas nécessaire, à mon avis, de faire voter à nouveau les employés qui effectivement font la grève. La législation ne prescrit pas des scrutins successifs.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans les cours d'instance inférieure. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, lorsqu'elle a accordé l'autorisation d'appeler, a imposé comme condition que le syndicat s'engage à payer les dépens de Terra Nova en cette Cour sur une base procureur-client, quelle que soit l'issue de la cause. Pour cette raison, les dépens en cette Cour devraient être payables par le syndicat sur une base procureur-client.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le* JUGE EN CHEF LASKIN *et les* JUGES JUDSON, RITCHIE *et* DICKSON *étant dissidents.*

*Procureurs de la demanderesse, appelante: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureur de la demanderesse, intimée: M. E. Moran, Castlegar.*

## CORRECTION

(Affix at p. xxi, [1974] S.C.R. Attachez à la p. xxi, [1974] R.C.S.)

[1974] S.C.R. TABLE OF JUDGMENTS AND MOTIONS
[1974] R.C.S. TABLE DES JUGEMENTS ET REQUÊTES

Add the following cases. Ajoutez les causes suivantes.


Lowry *et al. v.* R. ..... 195
Poupart *v.* Lafortune ..... 175
R. *v.* Graham ..... 206
R. *v.* McEwen ..... 185
R. *v.* McKenzie ..... 233

**Law Society of Upper Canada** *Appellant*;

and

**Stephen Charles French** *Respondent.*

1974: May 7; 1974: October 11.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Administrative law—Natural justice—Bias—Members of Discipline Committee participating in Convocation considering Committee's report—The Law Society Act, 1970 (Ont.), c. 19, ss. 33, 34, 37, 39.*

*Barristers and solicitors—Discipline—Professional misconduct—Investigation and report by Discipline Committee—Nature of proceedings in Convocation considering Committee report—Right of Benchers to sit on both Committee and Convocation.*

Formal complaints against the respondent as a solicitor were laid by the Secretary of the Law Society of Upper Canada and were heard by the Discipline Committee of the Society which found respondent guilty of professional misconduct and reported to Convocation its finding with the recommendation that respondent be suspended for three months. Despite a representation from respondent that members of Convocation who had been members of the Discipline Committee should not participate in Convocation when it considered the report two of the Benchers in question were present and it was ruled from the chair that they could continue to participate. Convocation voted to adopt the report. Respondent applied to the Supreme Court of Ontario to quash the decision of Convocation and the Discipline Committee and this motion was granted in part to the extent of quashing the decision of Convocation and remitting the report to Convocation to be considered in the absence of those members whose report it was. The Court of Appeal dismissed the resulting appeals by both the respondent and the Law Society.

*Held* (Laskin C.J. and Ritchie and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

*Per* Martland, Judson, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ. Section 39 of *The Law Society Act*, 1970 (Ont.), c. 19 (now R.S.O. 1970, c. 238) gives a member or student who has been reprimanded a

**Law Society of Upper Canada** *Appelante*;

et

**Stephen Charles French** *Intimé.*

1974: le 7 mai; 1974: le 11 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit administratif—Justice naturelle—Partialité—Membres du comité de discipline participant à l'assemblée examinant le rapport du comité—Law Society Act, 1970 (Ont.), c. 19, art. 33, 34, 37, 39.*

*Avocats et procureurs—Discipline—Inconduite professionnelle—Enquête et rapport du comité de discipline—Nature des procédures de l'assemblée examinant le rapport du comité—Droit des Benchers de siéger sur le comité et de participer également à l'assemblée.*

Des plaintes en bonne et due forme ont été déposées contre l'intimé par le secrétaire de la Law Society of Upper Canada et ont été entendues par le comité de discipline de la Law Society qui a conclu que l'intimé était coupable d'inconduite professionnelle et a remis son rapport à l'assemblée en recommandant que l'intimé soit suspendu pour trois mois. Malgré la prétention soumise par l'intimé que les membres de l'assemblée qui avaient été membres du comité de discipline ne devraient pas participer aux délibérations de l'assemblée lorsque celle-ci a examiné le rapport, deux des Benchers en question étaient présents et le président a décidé qu'ils pouvaient continuer à y participer. L'assemblée a voté en faveur de l'adoption du rapport. L'intimé a demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler la décision de l'assemblée et du comité de discipline et cette requête a été accordée aux fins seulement d'annuler la décision de l'assemblée et de renvoyer le rapport à l'assemblée pour examen en l'absence des membres qui avaient soumis ce rapport. La Cour d'appel a rejeté les appels tant de l'intimé que de la Law Society.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et les juges Ritchie et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli et le pourvoi incident rejeté.

*Les* juges Martland, Judson, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré. L'article 39 du *Law Society Act*, 1970 (Ont.), c. 19 (maintenant R.S.O. 1970 c. 238) octroie à un membre ou un étudiant qui a été répri-

specific right of appeal and in sub-section (4) provides that no Bencher who sat on the Committee whose order is appealed should take part in the hearing of the appeal. It is appropriate to apply the maxim *expressio unius est exclusio alterius* and even if the proceedings were an appeal of a type other than that provided by s. 39 none the less the members of the Discipline Committee could sit in Convocation on the hearing of that Appeal. The preferred view of the procedure in Convocation is that it is not an appeal but the second stage in a two step procedure in which there is no bar to the members of the Discipline Committee sitting in convocation on consideration of the report of that Committee.

*Per* Laskin C.J. and Ritchie and Dickson JJ. *dissenting*: There was no ground upon which the solicitor could succeed in his motion to quash the decision of the Discipline Committee. That decision was not tainted either by want of procedural fairness or by any other error of law. As to whether the decision of Convocation adopting the Committee's findings should stand, the issue did not fall to be decided according to whether the proceedings in Convocation were or amounted to an appeal or were or amounted to a review under a two stage scheme of inquiry. That the Discipline Committee was an adjudicative body was clear from the governing statute. It was equally apparent that Convocation was engaged in a judicial exercise in its consideration of the report of the Discipline Committee and the solicitor was entitled to an unbiased assessment by Convocation. It was unthinkable that Convocation should include members who had already fixed the solicitor with guilt as members of the Discipline Committee. Section 39 of *The Law Society Act*, 1970 (Ont.), expressly disqualifies a Bencher who took part in a Discipline Committee decision which imposed a minor penalty from sitting in an appeal from that decision, and *a fortiori*, members of the Committee should be disqualified from participating on a matter involving a greater penalty than mere reprimand. The scruple to be observed in such disciplinary proceedings as might affect livelihood is that of *R. v. Optical Board of Registration*, [1933] S. Aust. St. R. 1, namely the fact that there is an appeal to a Court does not lift a disqualification affecting membership of the tribunal from which the appeal lies.

mandé un droit d'appel spécifique et le par. (4) prévoit qu'aucun Bencher qui a siégé sur le comité à l'époque de l'ordonnance dont appel ne doit participer à l'audition de l'appel. Il y a lieu d'appliquer la maxime *expressio unius est exclusio alterius* et même si les procédures étaient un appel d'un genre autre que celui prévu à l'art. 39, les membres du comité de discipline pouvaient néanmoins siéger en assemblée lors de l'audition de cet appel. L'argument accepté est que la procédure en assemblée n'est pas un appel mais le second stade d'une procédure en deux temps et qu'il n'y a aucun empêchement à ce que les membres du comité de discipline siègent en assemblée pour l'étude du rapport de ce comité.

*Le* juge en chef Laskin et *les* juges Ritchie et Dickson, *dissidents*: Il n'y avait aucun motif permettant au procureur d'obtenir gain de cause dans sa requête en annulation de la décision du comité de discipline. Cette décision n'était pas viciée, que ce soit par un manque d'équité procédurale ou par toute autre erreur de droit. Quant à savoir si la décision de l'assemblée adoptant le rapport du comité devrait être maintenue, la question en litige ne pouvait être tranchée suivant la réponse qu'on pouvait donner à la question de savoir si les procédures en assemblée étaient un appel, ou l'équivalent, ou une révision en vertu d'une procédure d'enquête en deux temps. Que le comité de discipline ait été un organisme-juge, cela ressortait clairement de la loi qui gouverne. Il ressortait tout aussi clairement que l'assemblée était engagée dans une fonction judiciaire lorsqu'elle a examiné le rapport du comité de discipline et que le procureur avait autant droit à une évaluation impartiale par l'assemblée que par le comité. Il était impensable que l'assemblée pût comprendre des membres qui avaient déjà taxé le procureur de culpabilité en tant que membres du comité de discipline. L'article 39 du *Law Society Act*, 1970 (Ont.) exclut expressément de la participation à l'audition de l'appel en assemblée un Bencher qui a siégé sur le comité de discipline qui a imposé une sanction de peu de gravité; *a fortiori*, les membres du comité devraient être exclus lorsqu'il s'agit d'une affaire où la pénalité est plus grave qu'une simple réprimande. Le scrupule qui doit être observé dans de telles procédures disciplinaires qui peuvent porter atteinte au gagne-pain est celui de l'arrêt *R. v. Optical Board of Registration*, [1933] S. Aust. St. R. 1, que le fait qu'il y ait un droit d'appel à une cour, ne lève pas une exclusion touchant la composition du tribunal d'où l'appel peut être interjeté à la cour.

[*King v. University of Saskatchewan*, [1969] S.C.R. 678; *Re Glassman and Council of the College of Physicians and Surgeons*, [1966] 2 O.R. 81; *R. v. Alberta Securities Commission, ex parte Albrecht* (1962), 36 D.L.R. (2d) 199; *Re Dancyger and Alberta Pharmaceutical Association* (1970), 17 D.L.R. (3d) 206; *Law v. Chartered Institute of Patent Agents*, [1919] 2 Ch. 276; *Frome United Breweries Company Limited v. Keepers of the Peace and Justices of Bath* [1926] A.C. 586; *Re Merchant and Benchers of the Law Society of Saskatchewan*, [1973] 2 W.W.R. 109 referred to.]

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from an Order of Osler J.[1] quashing the proceedings of a Convocation of Benchers of the Law Society of Upper Canada. Appeal allowed, cross-appeal dismissed, Laskin C.J. and Ritchie and Dickson JJ. dissenting.

*J. J. Robinette, Q.C.*, for the appellant.

*Stephen C. French*, in person.

The judgment of the Chief Justice and Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This case concerns disciplinary proceedings taken against a solicitor by The Law Society of Upper Canada. Stripped to its essentials, it raises the question whether members of the Discipline Committee of the Society, which inquired into the complaints against the solicitor, were disqualified from sitting and participating in the Convocation of the Benchers, the governing body of the Society, convened to consider the Committee's report which recommended suspension of the solicitor for three months as a result of the Committee's finding that seven of the thirteen complaints against the solicitor were well-founded.

Despite timely objection by the solicitor to the participation of members of the Discipline Committee in the Convocation proceedings, Convocation concluded that those members were not only entitled to participate but were obliged to do so. Two members did participate,

[1] [1972] 2 O.R. 766.

[Arrets mentionnés: *King c. University of Saskatchewan*, [1969] R.C.S. 678; *Re Glassman and Council of the College of Physicians and Surgeons*, [1966] 2 O.R. 81; *R. v. Alberta Securities Commission, Ex parte Albrecht* (1962), 36 D.L.R. (2d) 199; *Re Dancyger and Alberta Pharmaceutical Association* (1970), 17 D.L.R. (3d) 206; *Law v. Chartered Institute of Patent Agents*, [1919] 2 Ch. 276; *Frome United Breweries Company Limited v. Keepers of the Peace and Justices of Bath*, [1926] A.C. 586; *Re Merchant and Benchers of the Law Society of Saskatchewan*, [1973] 2 W.W.R. 109.]

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'une ordonnance du juge Osler[1] annulant les procédures de l'assemblée des Benchers de la Law Society of Upper Canada. Pourvoi accueilli, pourvoi incident rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Ritchie et Dickson étant dissidents.

*J. J. Robinette, c.r.*, pour l'appelante.

*Stephen C. French*, personnellement.

Le jugement du Juge en chef et des Juges Ritchie et Dickson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Il s'agit de procédures disciplinaires prises contre un procureur par The Law Society of Upper Canada. Réduite à l'essentiel, l'affaire soulève la question de savoir si des membres du comité de discipline de la Society, qui ont fait enquête sur les plaintes portées à l'endroit du procureur, étaient incompétents à siéger et à participer à l'assemblée des Benchers, qui est l'organisme qui régit la Society, convoquée pour examiner le rapport du comité qui recommandait la suspension du procureur pour trois mois suite à la conclusion du comité suivant laquelle sept des treize plaintes portées contre lui étaient bien fondées.

En dépit de l'objection faite en temps utile par le procureur à l'encontre de la participation de membres du comité de discipline aux procédures de l'assemblée, l'assemblée a conclu que ces membres non seulement avaient le droit de participer mais étaient obligés de le faire. Deux

[1] [1972] 2 O.R. 766.

but a third member, whether or not aware of the assertion of obligation, did not attend. The fourth member of the Committee as constituted to inquire into the complaints was defeated in an intervening election of Benchers.

Convocation adopted the findings of the Committee and proposed to consider two motions, one for the three months' suspension recommended by the Committee and a second for disbarment of the solicitor. The solicitor sought and obtained an adjournment at this point and moved to quash the decision of Convocation adopting the findings against the solicitor and as well the decision of the Discipline Committee finding seven of the complaints to have been established.

Osler J., before whom the motions to quash came, granted relief to the solicitor to the extent only of quashing the decision of Convocation. He directed that the Discipline Committee's report be remitted to Convocation for consideration without participation of any members of the Committee. The Court of Appeal of Ontario dismissed appeals by both the Law Society and the solicitor, and these parties are now before this Court as appellants by leave granted on February 19, 1973.

I may say at once that I see no ground upon which the solicitor can succeed in his motion to quash the decision of the Discipline Committee embodied in its report. That decision is in no way tainted, either by want of procedural fairness or by any other error of law. The point of substance in this case, as I stated at the beginning of these reasons, is whether the decision of Convocation adopting the Committee's findings adverse to the solicitor should stand, or whether it should be set aside and the report remitted as directed by Osler J. In my opinion, Osler J. and the Court of Appeal were right, and the Law Society's appeal should be dismissed.

membres ont effectivement participé, mais un troisième membre, qu'il ait été au courant ou non de l'affirmation d'une telle obligation, ne s'est pas présenté. Le quatrième membre du comité tel que constitué pour faire enquête sur les plaintes avait été défait dans une élection de Benchers survenue dans l'intervalle.

L'assemblée a adopté les conclusions du comité et s'est avisée d'examiner deux motions, une demandant une suspension de trois mois qui avait été recommandée par le comité et une deuxième recommandant la radiation du procureur. A ce stade le procureur a demandé et obtenu un ajournement puis a demandé l'annulation de la décision de l'assemblée adoptant les conclusions prises contre lui de même que l'annulation de la décision du comité de discipline statuant que sept des plaintes avaient été établies.

Le juge Osler, devant qui les requêtes en annulation sont venues à audition, a accordé au procureur un redressement limité à l'annulation de la décision de l'assemblée. Il a ordonné que le rapport du comité de discipline soit renvoyé à l'assemblée pour étude sans la participation de membres du comité. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les appels tant de la Law Society que du procureur, et ces parties sont maintenant devant cette Cour en tant qu'appelants sur autorisation accordée le 19 février 1973.

Je puis dire tout de suite que je ne vois aucun motif permettant au procureur d'obtenir gain de cause dans sa requête en annulation de la décision du comité de discipline contenue dans le rapport de ce comité. Cette décision n'est d'aucune façon viciée, que ce soit par un manque d'équité procédurale ou par toute autre erreur de droit. Le point substantiel dans l'affaire présente, comme je l'ai dit au début des présents motifs, est de savoir si la décision de l'assemblée adoptant les conclusions du comité défavorables au procureur devrait être maintenue, ou de savoir si elle devait être infirmée et le rapport renvoyé tel que prescrit par le juge Osler. A mon avis, le juge Osler et la Cour d'appel ont eu raison, et le pourvoi de la Law Society devrait être rejeté.

In preparing these reasons, I had the advantage of having the reasons drafted by my brother Spence, who has the support of a plurality of this Court in his carefully considered conclusion that there was no reviewable error in the position adopted by the Benchers in Convocation. My different view of the law that should be applied to the facts as accepted by both my brother Spence and by me is explained in what now follows.

I do not think that the issue herein falls to be decided according to whether the proceedings in Convocation are or amount to an appeal or are or amount to a review under a two-stage scheme of inquiry into allegations of professional misconduct. No doubt, characterization of the proceedings as an appeal may lend weight to the contention of the appellant solicitor, but the principle underlying his position rises above any such formalistic approach. The principle is immanent in the ancient maxim *nemo judex in causa sua*, expressed by Coke in *Bonham's Case* in 1610, and, in its evolutionary application to statutory tribunals, has been examined in depth by de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd ed. (1973), c. 5, especially at pp. 227ff. and 237ff.

I am not troubled, in considering the evolution of the principle in administrative law that superior court judges did not apply a rule of disqualification in respect of their own appellate functions until so compelled by statute. Statute may express principle for future guidance of Courts no less than common law; and where it abrogates common law I would find it incongruous that the abrogated principle should retain its vitality simply because it is invoked in relation to statutory tribunals rather than superior courts. The key issue is surely impartiality, to be evidenced not by *post-facto* review of proceedings to determine whether there was bias in fact but rather by a scrupulous *a priori* regard

En rédigeant les présents motifs, j'ai eu l'avantage de voir les motifs rédigés par mon collègue Spence, qui a l'appui d'une pluralité de cette Cour dans sa conclusion soigneusement motivée selon laquelle il n'y a pas eu erreur révisable dans la position adoptée par les Benchers en assemblée. Mon point de vue différent sur le droit à appliquer aux faits tels qu'acceptés à la fois par mon collègue Spence et par moi-même se trouve expliqué dans ce qui suit.

Je ne pense pas que la question en litige dans le présent pourvoi doive être tranchée suivant la réponse que l'on peut donner à la question de savoir si les procédures en assemblée sont un appel, ou l'équivalent, ou une révision en vertu d'une procédure d'enquête en deux temps régissant des allégations d'inconduite professionnelle, ou l'équivalent. Sans doute, caractériser les procédures comme constituant un appel peut donner un certain poids à la prétention du procureur appelant, mais le principe sous-jacent à sa position se situe au-dessus de toute semblable approche formaliste. Le principe est immanent dans l'ancienne maxime *nemo judex in causa sua,* exprimé par Coke dans l'affaire *Bonham* en 1610, et, dans son application évolutive aux tribunaux statutaires, il a été examiné en profondeur par de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3e éd., 1973), c. 5, spécialement aux pp. 227 et suiv. et 237 et suiv.

Je ne suis pas gêné, en considérant l'évolution du principe dans le droit administratif, par le fait que ce n'est que lorsqu'ils y ont été obligés par statut que les juges des cours supérieures ont appliqué une règle récusatoire relativement aux fonctions qu'ils exerçaient eux-mêmes en appel. Non moins que la *common law*, un statut peut exprimer un principe pour la gouverne future des tribunaux; et lorsqu'il abroge la *common law* je trouverais incongru que le principe abrogé doive garder sa vitalité simplement parce qu'il est invoqué relativement à des tribunaux statutaires plutôt qu'à des cours supérieures. La question clé est sûrement celle de l'impartialité, qui doit être attestée non pas par une révision

for any reasonable apprehension of bias or of interest.

I readily agree that drawing the line at the point of disqualification may be difficult. The late Professor de Smith in his book, already referred to, caught the exact problem faced by this Court in this case by noting (at pp. 228-229) that where a report by members of a sub-committee to the parent body consists of a statement of findings and recommendations, which may be controverted before the parent body, "the participation of members of the sub-committee in the final decision may be of dubious validity". The important consideration in the present case which, in my view, over-rides the characterization of the disciplinary proceedings as either a two-stage procedure or as involving judicial review is that the Discipline Committee did not merely make findings of fact but also drew conclusions of guilt of seven of the complaints laid against the solicitor. This was done in conformity with s. 33(1)(*c*) and s. 33(12) of *The Law Society Act*, 1970 (Ont.), c. 19, and also pursuant to Reg. 556, s. 13(6) which requires the Discipline Committee to "report in writing to Convocation setting forth a summary of the evidence at the hearing, its findings of fact and conclusions of law, if any, based thereon and its recommendations as to the action to be taken by Convocation . . .". Section 33(1)(*c*) speaks of the Discipline Committee reaching "the decision that he is guilty", and s. 33(12) speaks in the words of Regulation 13(6) quoted above, referring to the "decision . . . [containing] the reasons . . . in which are set out the findings of fact and the conclusions of law, if any, based thereon . . .". Indeed, s. 33(12) goes on to speak of service of a copy of the decision and reasons upon the affected person together with a notice of his right of appeal.

*post-facto* des procédures aux fins de déterminer s'il y a eu partialité en fait mais plutôt par un souci préalable scrupuleux pour toute appréhension raisonnable de partialité ou d'intérêt.

J'admets tout de suite qu'il peut être difficile de déterminer le point exact à partir duquel on est exclu à siéger. Feu le professeur de Smith, dans son ouvrage précité, a capté la nature exacte de la difficulté à laquelle cette Cour fait face en l'espèce présente lorsqu'il a noté (aux pp. 228-229) que lorsqu'un rapport par des membres d'un sous-comité à l'organisme supérieur consiste en une énonciation de conclusions et de recommandations, qui peuvent être contestées devant l'organisme supérieur, [TRADUCTION] «la participation de membres du sous-comité dans la décision finale peut être d'une validité douteuse». La considération importante dans l'espèce présente qui, à mon avis, prévaut sur la caractérisation des procédures disciplinaires comme étant une procédure à deux stades ou comme comportant une révision judiciaire, est que le comité de discipline n'a pas seulement tiré des conclusions de fait mais a également tiré des conclusions de culpabilité sur sept des plaintes déposées contre le procureur. Cela a été fait en conformité de l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 33 et du par. (12) de l'art. 33 du *Law Society Act*, 1970 (Ont.), c. 19, et également en application du par. (6) de l'art. 13 du règlement 556 qui oblige le comité de discipline à [TRADUCTION] «faire à l'assemblé un rapport exposant un résumé de la preuve à l'audition, ses conclusions de fait et, le cas échéant, les conclusions qu'il a tirées d'après celles-ci sur le droit ainsi que ses recommandations quant aux mesures que doit prendre l'assemblé . . .». Dans l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 33, il est question d'un aboutissement par le comité de discipline à la [TRADUCTION] «décision qu'il est coupable», et dans le par. (12) de l'art. 33 on emploie les termes du par. (6) du règlement 13 précité, en mentionnant la [TRADUCTION] «décision . . . [contenant] les motifs . . .[lesquels] doivent contenir les conclusions de fait et, le cas échéant, les conclusions tirées d'après celles-ci sur le droit . . .». Bien plus, dans le par. (12) de l'art. 33 il est ensuite question de la signification à la personne concernée d'une copie de la décision et des motifs avec avis de son droit d'appel.

Much was made of the fact that s. 39 of the Act, in referring to a right of appeal where a reprimand has been recommended, expressly disqualifies a Bencher who sat on the Discipline Committee from taking part in the hearing of the appeal in Convocation. It is to me a curious, if not inverted view of *expressio unius, exclusio alterius* to urge that where a graver penalty than mere reprimand is recommended there is no disqualification. I should have thought it *a fortiori*, without the need of express reference; at the worst, I would consider it a *casus omissus* which cries for judicial intervention in accordance with accepted principles of administrative law. Of course, I have already made it plain that I see no value in chasing a conceptual ghost to the neglect of the substantial question, a question that is answered by the terms of s. 33(1)(*c*), s. 33(12) and Regulation 13(6).

Again, the hearing before Convocation was not a hearing *de novo*, nor one in which Convocation was presented with merely factual findings for its consideration. It was a hearing based on findings of guilt which the adversely-affected solicitor was seeking to reverse and which he was invited to challenge by the notice served upon him by the Law Society that the Discipline Committee's report and findings would be considered by Convocation at a stated time and place. The point is made by Widgery L.J., as he then was, in *Hannam v. Bradford City Council*[2], at p. 697 that in such a case it is immaterial whether the proceedings are, strictly speaking, an appeal.

The likelihood that members of the Discipline Committee would stand above their findings and conclusions could be best ensured if they abstained from participating in the ensuing Convocation proceedings. That they should do so as a matter of law seems to me to be the more obvious when it is the organized legal profession whose conduct is under scrutiny. It is a

[2] [1970] 2 All E.R. 690.

On a fait grand état du fait que l'art. 39 de la Loi, en faisant mention d'un droit d'appel lorsqu'une réprimande a été recommandée, exclut expressément de la participation à l'audition de l'appel en assemblée un Bencher qui a siégé sur le comité de discipline. Il me semble que c'est avoir une conception curieuse, sinon invertie, de la maxime *expressio unius, exclusio alterius* que d'avancer que lorsqu'une pénalité plus grave qu'une simple réprimande est recommandée il n'y a pas d'exclusion. J'aurais pensé qu'il y en a une à *fortiori*, sans besoin de mention expresse; au pire, je considérerais qu'il y a eu un *casus omissus* qui implore l'intervention des tribunaux conformément aux principes acceptés du droit administratif. Bien entendu, j'ai déjà clairement fait voir que je ne vois pas à quoi servirait de pourchasser un fantôme conceptuel au détriment de l'examen de la question essentielle, une question à laquelle réponse est donnée par les termes de l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 33, du par. (12) de l'art. 33 et du par. (6) du règlement 13.

Encore une fois, l'audition devant l'assemblée n'était pas une audition *de novo*, ni une audition dans laquelle l'assemblée se voyait présenter simplement des conclusions de fait. C'était une audition basée sur des conclusions de culpabilité que le procureur visé tentait d'infirmer et qu'on l'avait invité à contester lorsque la Law Society lui avait signifié l'avis que le rapport du comité de discipline et les conclusions de ce dernier seraient examinés par l'assemblée aux temps et lieux fixés. Le Lord Juge Widgery, tel était alors son titre, a fait ressortir dans l'arrêt *Hannan v. Bradford City Council*[2], à la p. 697 que dans un tel cas il est sans conséquence de déterminer si les procédures sont, strictement parlant, un appel.

La probabilité que des membres du comité de discipline se tiennent au-dessus de leurs conclusions pouvait être mieux assurée s'ils s'abstenaient de participer aux procédures d'assemblée qui devaient s'ensuivre. Qu'ils se doivent d'agir ainsi en droit me semble être plus évident quand c'est de la profession juridique constituée qu'il s'agit de scruter la conduite. Il est raisonnable

[2] [1970] 2 All E.R. 690.

reasonable expectation that lawyers, in their organized capacity as the governing body of their profession, should be most sensitive to the application of the rationale underlying the principle of impartiality. Indeed, whether or not the law was on their side—and I think it is not—it would have been a simple matter to have acceded to the request of the solicitor that members of the Discipline Committee abstain from participation in proceedings consequent upon their report and findings of guilt. One such member did abstain on his own. That way this protracted litigation might have been avoided without sacrifice by the Law Society of either principle or authority.

I do not think that I stretch the conception of bias beyond reasonable limits in supporting the disqualification of members of an adjudicative body when they come to its proceedings with their names attached to previous findings of guilt upon which those proceedings are based. It is not as if they served reluctantly and *ex necessitate* because without them there could be no quorum. *The Law Society Act* prescribes for more than a sufficient number of Benchers who can constitute a quorum without the participation of the members of the Discipline Committee. In the present case, there were more than enough Benchers for a quorum and, even if there were not, the proper course would be to adjourn the proceedings until a qualified quorum was present.

That the Discipline Committee in the exercise of its statutory function was an adjudicative body is clear from the governing statute. Equally apparent from that statute is that Convocation was engaged in a judicial exercise in its consideration of the report, findings and recommendations of the Discipline Committee. The solicitor was as entitled to an unbiased assessment by Convocation as by the Discipline Committee. It would have been unthinkable that the Discipline Committee would have among its members a person who laid any of the charges against the solicitor: see *Leeson v. General*

de s'attendre que des avocats, lorsqu'ils agissent à titre d'autorité constituée de leur profession, soient des plus sensibles à l'application de la théorie sous-jacente aux principes de l'impartialité. En effet, que le droit fût ou non de leur côté—et je crois qu'il ne l'était pas—il aurait été très simple pour eux d'accéder à la demande du procureur que les membres du comité de discipline s'abstiennent de participer aux procédures consécutives à leurs rapports et conclusions de culpabilité. Un de ses membres s'est abstenu de son propre chef. De cette façon-là le litige prolongé que nous connaissons aurait pu être évité sans que la Law Society soit perdante sur le plan des principes ou de l'autorité.

Je ne pense pas que j'étende le concept de partialité au-delà de limites raisonnables en soutenant l'exclusion de membres d'un organisme-juge si ces derniers s'y présentent lorsque leurs noms sont liés à des conclusions de culpabilité antérieures qui sont l'objet même des délibérations. Ce n'est pas comme s'ils avaient servis à contrecœur et par nécessité pour le motif que sans eux il n'y aurait pas eu quorum. Le *Law Society Act* prescrit un nombre de Benchers plus que suffisant pour que ceux-ci puissent constituer un quorum sans la participation des membres du comité de discipline. Dans l'espèce présente, il y avait un nombre plus suffisant de Benchers pour un quorum et, même s'il n'y en avait pas, la ligne de conduite appropriée était d'ajourner les procédures jusqu'à ce qu'à ce qu'un quorum compétent soit présent.

Que le comité de discipline dans l'exercice de sa fonction statutaire ait été un organisme-juge, cela ressort clairement de la loi qui gouverne. Il ressort tout aussi clairement de ce statut que l'assemblée était engagée dans une fonction judiciaire lorsqu'elle a examiné le rapport, les conclusions et les recommandations du comité de discipline. Le procureur avait autant droit à une évaluation impartiale par l'assemblée que par le comité de discipline. Il aurait été impensable que le comité de discipline eût parmi ses membres une personne qui avait déposé l'une quelconque des accusations incriminant le pro-

*Council of Medical Education & Registration*[3]; and cf. *Hurley v. Institute of Chartered Accountants of Manitoba*[4], at p. 368. Equally unthinkable, in the absence of express authorization, is that Convocation should include members who had already fixed the solicitor with guilt as members of the Discipline Committee. An adjudicator may not properly sit in further proceedings based upon his adjudication any more than can an accuser sit as a member of the tribunal hearing his accusation, unless authorized by statute. *R. v. Law Society of Alberta, ex parte Demco*[5] is an illustration of a case where there was express legislative authorization for members of a discipline committee or investigating committee to participate and vote in subsequent Convocation proceedings.

Reliance was placed by counsel for the Law Society upon *Re Dancyger and Alberta Pharmaceutical Association*[6] and, more heavily, upon *Re Merchant and Benchers of The Law Society of Saskatchewan*[7]. In neither of these cases did the relevant legislation speak either of express inclusion or exclusion of members of the investigating or discipline committee from participating in subsequent council or Convocation proceedings. The judgment of the Alberta Appellate Division in the *Dancyger* case was given by Johnson J.A. who delivered its judgment in the *Demco* case. It is sufficient to note, by way of distinction from the case at bar, that the court in the *Dancyger* case considered that there was only one adjudication, namely, by the Council, which decided guilt or innocence and alone imposed sentence following consideration of the report of its investigating committee. There is language in the reasons that bears on the characterization of the proceedings before the Council and distinguishes those that are appellate and those that are by way of a review

[3] (1889), 43 Ch. D. 366.
[4] (1949), 93 C.C.C. 345.
[5] (1967), 64 D.L.R. (2d) 140.
[6] (1970), 17 D.L.R. (3d) 206.
[7] (1972), 32 D.L.R. (3d) 178.

cureur: voir *Leeson v. General Council of Medical Education & Registration*[3]; et cf. *Hurley v. Institute of Chartered Accountants of Manitoba*[4], à la p. 368. Il est également impensable, en l'absence d'autorisation expresse, que l'assemblée pût inclure des membres qui avaient déjà taxé le procureur de culpabilité en tant que membres du comité de discipline. Celui qui juge ne peut régulièrement siéger dans des procédures ultérieures fondées sur son jugement pas plus qu'un accusateur ne peut siéger comme membre du tribunal qui instruit son accusation, sauf autorisation d'une loi. L'arrêt *R. v. Law Society of Alberta, ex parte Demco*[5] est un exemple d'un cas où il y avait une autorisation législative expresse que des membres d'un comité de discipline ou d'un comité d'enquête participent à des procédures subséquentes d'assemblée et y votent.

L'avocat de la Law Society a donné de l'importance à l'arrêt *Re Dancyger and Alberta Pharmaceutical Association*[6] et, de façon plus prononcée, à l'arrêt *Re Merchant and Benchers of The Law Society of Saskatchewan*[7]. Dans ni l'un ni l'autre de ces arrêts la loi pertinente n'a-t-elle parlé d'inclusion ou d'exclusion expresse de membres du comité d'enquête ou de discipline de la participation à des procédures subséquentes d'un conseil ou d'une assemblée. L'arrêt de la Division d'appel d'Alberta dans l'affaire *Dancyger* a été prononcé par M. le juge Johnson qui avait prononcé l'arrêt de la Division d'appel dans l'affaire *Demco*. Il suffit de noter, pour faire une distinction avec l'espèce présente, que la Cour dans l'affaire *Dancyger* a considéré qu'il n'y avait eu qu'un jugement, soit par le conseil, qui décidait de la culpabilité ou de l'innocence et était seul à imposer une sentence à la suite de l'étude du rapport de son comité d'enquête. Il y a dans les motifs des termes qui se rapportent à une caractérisation des procédures devant le conseil et distinguent

[3] (1889), 43 Ch.D. 366.
[4] (1949), 93 C.C.C. 345.
[5] (1967), 64 D.L.R. (2d) 140.
[6] (1970), 17 D.L.R. (3d) 206.
[7] (1972), 32 D.L.R. (3d) 178.

that is something less than an appeal. Johnson J.A. appears to accept the proposition that in the absence of authorizing legislation, a member of a deciding committee cannot sit on appeal from his own decision.

I have already indicated that I do not think the disqualification should rest on whether there is or is not an appeal in the strict sense. The more material question is whether there has been an adjudication rather than an investigation merely of the facts. That there was an adjudication in the present case is undoubted, and I do not agree that it is an answer to disqualification that the solicitor's status could not be altered until Convocation pronounced the penalty. The judgment of guilt in Committee is the stigmatizing element that raises the reasonable apprehension of bias if members of the Committee sit in Convocation which considers the Committee's adjudication and determines the penalty.

If, indeed, the *Dancyger* case involved an adjudication in committee I would hold it wrongly decided on the point under discussion. I say this because the Saskatchewan Court of Appeal in the *Merchant* case cited *Dancyger* in support of the proposition that members of a Discipline Committee which made a finding of guilt of professional misconduct were not thereby disentitled to sit in Convocation which considered and accepted the Committee's report embodying the finding of guilt and recommending a penalty.

The *Merchant* case had not been decided by the Saskatchewan Court of Appeal when the present case was before the Ontario Court of Appeal, and in the result there are two conflicting judgments of provincial Courts of Appeal that fall to be considered here. I read the reasons in the *Merchant* case as again dwelling upon the distinction between appeal and a single two-stage proceeding in which there is inquiry and investigation followed by consideration of the results of the inquiry. In my opinion, this

entre les procédures d'appel et celles où l'on procède à une révision qui est quelque chose de moins qu'un appel. M. le juge d'appel Johnson semble avoir accepté la proposition qu'en l'absence d'une loi qui l'y autorise un membre d'un comité de décision ne peut siéger en appel de sa propre décision.

J'ai déjà indiqué que je ne pense pas que l'exclusion d'un membre doive reposer sur la question de savoir si, oui ou non, il y appel au sens strict. La question plus importante est de savoir si on a porté un jugement plutôt que simplement enquêté sur les faits. Qu'un jugement ait été porté dans l'espèce présente n'est pas en doute, et je ne suis pas d'accord que ce soit une réponse à l'exclusion du droit de siéger que de dire que le statut du procureur ne pouvait être modifié avant que l'assemblée ne prononce la peine. Le jugement de culpabilité porté en comité est la flétrissure qui soulève l'appréhension raisonnable de partialité si des membres du comité siègent dans l'assemblée qui examine le jugement porté par le comité et détermine la peine.

Si, donc, l'arrêt *Dancyger* se rapporte à un jugement porté en comité, je dirais qu'il est erroné sur le point que l'on discute. Je dis cela parce que la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Merchant* a cité l'arrêt *Dancyger* à l'appui de la proposition que des membres d'un comité de discipline qui a tiré une conclusion de culpabilité pour inconduite professionnelle n'ont pas par là été exclus du droit de siéger dans l'assemblée qui a étudié et accepté le rapport du comité contenant la conclusion de culpabilité et recommandant une peine.

L'affaire *Merchant* n'avait pas été décidée par la Cour d'appel de la Saskatchewan au moment où l'espèce présente était devant la Cour d'appel de l'Ontario, et donc nous devons examiner ici deux arrêts contradictoires rendus par des cours d'appel provinciales. J'interprète les motifs de l'arrêt *Merchant* comme portant encore une fois sur la distinction entre l'appel et une procédure unique en deux temps dans laquelle il y a une enquête et investigation suivie d'une étude des résultats de l'enquête. À mon avis, cette analyse

analysis fails to note that the first stage proceeding involved an adjudication of guilt, and, in my view, that destroys the notion of one proceeding, if that is meant to be the determining factor on the issue of disqualification.

The scruple that should be observed in disciplinary proceedings that may affect livelihood is underlined by the approach taken in *R. v. The Optical Board of Registration*[8], where the tribunal that was to hear a complaint was disqualified for involving itself in the investigation thereof and in the procuring of evidence to support it. I agree with the Supreme Court of South Australia in that case that the fact that there is an appeal to a court, as there is in the present case, does not lift a disqualification affecting membership of the tribunal from which the appeal to the court lies.

I would dismiss the appeal of The Law Society with costs and dismiss the cross-appeal of the solicitor without costs.

The judgment of Martland, Judson, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on September 28, 1972. By that judgment, the said Court dismissed an appeal from the Order of Osler J. pronounced on April 12, 1972. By his Order, Osler J. had quashed the proceedings of the convocation of Benchers held January 20, 1972, and had ordered that the report of the Discipline Committee dated September 10, 1971, should be remitted to Convocation to be dealt with in the absence of those members of the Committee whose report it was.

Formal complaints against the respondent as a solicitor had been laid by the Secretary of the Law Society of Upper Canada. The complaints numbered thirteen in all. The complaints were

[8] [1933] S. Aust. St. R. 1.

omet de noter que la procédure de premier stade comportait un jugement de culpabilité, et, à mon avis, cela détruit la notion d'une procédure unique, si c'est cela que l'on entend considérer comme le facteur déterminant sur la question de la privation du droit de siéger.

Le scrupule qui doit être observé dans des procédures disciplinaires qui peuvent porter atteinte au gagne-pain est souligné par l'approche adoptée dans l'arrêt *R. v. The Optical Board of Registration*[8], rendu dans une affaire où le tribunal qui devait entendre une plainte a été jugé incompétent pour s'être mêlé de l'investigation y afférente et de l'obtention d'une preuve à son appui. Je suis d'accord avec la Cour suprême d'Australie-Méridionale, qui a rendu l'arrêt précité, que le fait qu'il y ait un droit d'appel à une cour, comme il y en a un en l'espèce présente, ne lève pas une exclusion touchant la composition du tribunal d'où l'appel peut être interjeté à la cour.

Je rejetterais le pouvoir de la Law Society avec dépens et rejetterais l'appel incident du procureur sans dépens.

Le jugement des juges Martland, Judson, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario prononcé le 28 septembre 1972. Par cet arrêt, ladite Cour rejetait un appel d'une ordonnance du juge Osler prononcée le 12 avril 1972. Par son ordonnance, le juge Osler avait annulé les procédures de l'assemblée des Benchers tenue le 20 Janvier 1972 et avait ordonné que le rapport du comité de discipline en date du 10 septembre 1971 soit remis à l'assemblée pour étude et décision hors la présence des membres du comité dont c'était le rapport.

Des plaintes en bonne et due forme avaient été déposées contre l'intimé par le secrétaire de la Law Society of Upper Canada. Il y avait treize plaintes en tout. Les plaintes ont été

[8] [1933] S. Aust. St. R. 1.

heard by the Discipline Committee of the Society. Such Discipline Committee was, at first, composed of the following Benchers: Mr. Arthur Maloney, Q.C., who is the Chairman of the Discipline Committee, Mr. Nathan Strauss, Q.C., Mr. Walter Harris, Q.C., and Mr. Hyliard Chappel, Q.C.

During the course of the hearing of the complaints, an election of Benchers was held and Mr. Hyliard Chappel, Q.C., was not returned as a Bencher. He, therefore, took no part in the deliberations of the Committee after the evidence had been concluded and the written submission of counsel for the respondent received. The Chairman and the other two remaining members of the Committee delivered to the Society the report of the Committee dated September 10, 1971, and in that report the Discipline Committee found that seven of the thirteen complaints had been established. The Committee recommended that Convocation order the solicitor to be suspended for a period of three months. The Secretary of the Law Society gave notice to the respondent that the report of the Discipline Committee would be considered in Convocation on November 19, 1971. Since the contents of that notice are of some importance, I quote the said notice in full:

NOTICE OF DECISION

IN THE MATTER OF The Law Society Act, 1970

AND IN THE MATTER OF Stephen Charles French, Q.C., of the City of Toronto, Barrister and Solicitor

TO: STEPHEN CHARLES FRENCH, Q.C., Barrister and Solicitor

TAKE NOTICE that the attached decision of the committee of Benchers dated the 10th day of September 1971 will be considered by Convocation of the Law Society at Osgoode Hall, Toronto, on Friday, the 19th day of November 1971 at 10:00 o'clock in the forenoon when Convocation may accept or reject the said decision and may by order cancel your membership in the Society by disbarring you as a barrister and striking your name off the Roll of solicitors, or may suspend your rights and privileges as a member of the Society for a period to be named or may by order reprimand you or make such

entendues par le comité de discipline de la Law Society. Ce comité de discipline était, au début, composé des Benchers suivants: M. Arthur Maloney c.r., qui est le président du comité de discipline, M. Nathan Strauss, c.r., M. Walter Harris, c.r., et M. Hyliard Chappel, c.r.

Or, il est arrivé que dans le cours de l'audition des plaintes, une élection de Benchers a été tenue à la suite de laquelle M. Hyliard Chappel, c.r., n'a pas été reconduit dans ses fonctions de Bencher. Par conséquent, il n'a pas pris part aux délibérations du comité après clôture de la preuve et réception des prétentions écrites de l'avocat de l'intimé. Le président et les deux autres membres restants du comité ont remis à la Society le rapport du comité en date du 10 septembre 1971 et dans ce rapport le comité de discipline conclut que sept des treize plaintes ont été établies. Le comité recommande que l'assemblée ordonne une suspension de trois mois. Le secrétaire de la Society a donné à l'intimé avis que le rapport du comité de discipline serait examiné en assemblée le 19 novembre 1971. Étant donné que le contenu de cet avis est de quelque importance, je le cite en entier:

[TRADUCTION] AVIS DE DÉCISION

DANS L'AFFAIRE DU The Law Society Act, 1970

ET DANS L'AFFAIRE DE Stephen Charles French, c.r., de la ville de Toronto, avocat et procureur

A: STEPHEN CHARLES FRENCH, C.R., avocat et procureur

PRENEZ AVIS que la décision ci-annexée du comité de Benchers, en date du 10 septembre 1971, sera examinée par une assemblée convoquée de la Law Society à Osgoode Hall, Toronto, le vendredi 19 novembre 1971 à 10 h de l'avant-midi, sur quoi l'assemblée pourra accepter ou rejeter ladite décision et par ordonnance révoquer votre affiliation comme membre de la Society en vous radiant comme avocat et en rayant votre nom du Rôle des procureurs, ou suspendre vos droits et privilèges de membre de la Society pendant une période désignée, ou par ordonnance vous réprimander ou prendre les autres dispo-

other disposition of the matter as it considers proper in the circumstances pursuant to the powers conferred upon it by Section 34 of The Law Society Act, 1970.

AND FURTHER TAKE NOTICE that if you intend to object to any of the findings and fact and the conclusions of law contained in the decision of the committee notice of such objection together with the grounds therefor should be filed with the Secretary of the Law Society at Osgoode Hall, Toronto as soon as possible but not later than the day before the matter will be considered by Convocation.

AND FURTHER TAKE NOTICE that you have the right to appear before Convocation at the time and place mentioned above either with or without counsel and to make submissions with respect to the decision of the committee and any order that may be made by Convocation.

AND FURTHER TAKE NOTICE that after the matter has been dealt with by Convocation you have the right to appeal to the Court of Appeal from any order made by Convocation pursuant to the powers conferred upon it by Section 34 of The Law Society Act, 1970, such appeal to be taken within 15 days from the day upon which you may be served with the order of Convocation and to be proceeded with in the manner prescribed by Section 44 of The Law Society Act, 1970.

The respondent did not serve any notice of appeal but he did file with the Law Society a very long and detailed submission dealing extensively with the matter which had concerned the Discipline Committee. The solicitor did not appeal from the decision of the Discipline Committee but he did, on January 13, 1972, one week before the matter was considered by the Benchers in Convocation, write to the Assistant Secretary of the Law Society when he said:

I must insist that none of such members, being Messrs. Harris, Maloney and Strauss attend, or participate in any manner whatsoever in the deliberations before Convocation.

If Mr. Chappell should be appointed to fill a vacancy by that date, I reiterate the same views so far as he is concerned.

When the matter came before the Convocation on January 20, 1972, the respondent renewed his objection to the presence of Mr.

sitions qu'elle peut considérer appropriées dans les circonstances conformément au pouvoir à elle conféré par l'article 34 du The Law Society Act, 1970.

ET EN OUTRE PRENEZ AVIS que si vous entendez faire objection à une des conclusions de fait et conclusions de droit contenues dans la décision du comité avis de telle objection exposant les motifs d'objection doit être déposé auprès du secrétaire de la Law Society à Osgoode Hall, Toronto, aussitôt que possible mais pas plus tard que le jour précédant celui où l'affaire sera examinée par l'assemblée.

ET EN OUTRE PRENEZ AVIS que vous avez le droit de comparaître devant l'assemblée aux temps et lieux susdits avec ou sans avocat et d'exposer des prétentions relativement à la décision du comité et à toute ordonnance que peut rendre l'assemblée.

ET EN OUTRE PRENEZ AVIS qu'après que l'assemblée aura tranché l'affaire vous avez le droit d'en appeler à la Cour d'appel de toute ordonnance rendue par l'assemblée en vertu des pouvoirs à elle conférés par l'article 34 de The Law Society Act, 1970, cet appel devant être interjeté dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle on pourra vous avoir signifié l'ordonnance de l'assemblée, et être mené en la manière prescrite par l'article 44 de The Law Society Act, 1970.

L'intimé n'a pas signifié d'avis d'appel mais il a produit auprès de la Law Society un mémoire très long et détaillé traitant au long de l'affaire sur laquelle s'était penché le comité de discipline. Le procureur n'en a pas appelé de la décision du comité de discipline mais il a, le 13 janvier 1972, une semaine avant que l'affaire ne soit considérée par les Benchers en assemblée, écrit au secrétaire adjoint de Law Society et qui suit:

[TRADUCTION] Je dois souligner avec force qu'aucun de ces membres, soit MM. Harris, Maloney et Strauss, ne doivent être présents, ou participer de quelque façon que ce soit aux délibérations de l'assemblée.

Advenant que M. Chappell soit nommé avant cette date-là à un poste vacant, je réitère les mêmes vues en ce qui le concerne.

Lorsque l'affaire est venue devant l'assemblée le 20 janvier 1972, l'intimé a renouvelé son objection à la présence de MM. Strauss et

Strauss and Mr. Harris. Mr. Maloney was not present and Mr. Chappell has not been appointed to fill a vacancy. Counsel for the Law Society submitted that there could be no objection to those two Benchers who had been members of the Discipline Committee sitting on the deliberations of Convocation and Convocation then deliberated and came to a decision that Messrs. Strauss and Harris had a right, indeed they had an obligation, to participate in the continuance of the investigation when it came before Convocation. The Treasurer ruled that accordingly Mr. Strauss and Mr. Harris would continue to participate.

After hearing, in great detail, representations made by the respondent, Convocation deliberated in the absence of both the respondent and counsel for the Law Society and then, recalling them both, announced its decision that it would adopt the findings of the Discipline Committee and that two motions had been made—one that the respondent be suspended in accordance with the recommendation in the Discipline Committee's report, and, secondly, that the respondent be disbarred. The respondent then requested an adjournment to consider his position and, during the course of the adjournment, applied to the Supreme Court of Ontario to quash the decision of Convocation and also the decision of the Discipline Committee. Osler J. granted that application only to the extent of quashing the decision of Convocation and remitting the report of the Discipline Committee to Convocation to be considered in the absence of those members whose report it was.

Both the Law Society and the respondent appealed to the Court of Appeal. The Court of Appeal dismissed the appeals of both the respondent and the Law Society. Both the respondent and the Law Society have appealed to this Court by leave of the Court granted on February 19, 1973.

The appeal of the Law Society of Upper Canada is based on the submission that Osler J. erred in his conclusion that under the proper interpretation of the provisions of the Law Society Act and Rules the members of the Dis-

Harris. M. Maloney n'était pas présent et M. Chappell n'avait pas été nommé à un poste vacant. L'avocat de la Law Society avança qu'il ne pouvait y avoir d'objection à ce que les Benchers qui avaient été membres du comité de discipline siègent pendant les délibérations de l'assemblée et l'assemblée délibéra alors et décida que MM. Strauss et Harris avaient le droit, et même le devoir, de participer à la continuation de l'enquête, qui devait avoir lieu devant l'assemblée. Le trésorier déclara qu'en conséquence MM. Strauss et Harris continueraient à participer aux délibérations.

Après avoir entendu, par le menu, les observations faites par l'intimé, l'assemblée a délibéré en l'absence de l'intimé et de l'avocat de la Law Society et ensuite, les ayant rappelés, a annoncé à ces derniers sa décision d'adopter les conclusions du comité de discipline, les informant que deux motions avaient été faites—l'une proposant que l'intimé soit suspendu en conformité de la recommandation du rapport du comité de discipline, et l'autre proposant que l'intimé soit radié. L'intimé a alors demandé un ajournement afin d'examiner sa position et, durant le cours de l'ajournement, il a demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler la décision de l'assemblée de même que la décision du comité de discipline. Le Juge Osler a accordé la demande afin seulement d'annuler la décision de l'assemblée et de renvoyer le rapport du comité de discipline à l'assemblée pour examen en l'absence des membres qui avaient soumis ce rapport.

La Law Society et l'intimé en ont tous deux appelé à la Cour d'appel. La Cour d'appel a rejeté les appels tant de l'intimé que la Law Society. L'intimé et la Law Society se sont pourvus en cette Cour par autorisation de la Cour accordée le 19 février 1973.

Le pourvoi de la Law Society of Upper Canada est basé sur la prétention que le juge Osler a commis une erreur lorsqu'il a conclu que selon l'interprétation appropriée des dispositions du Law Society Act et des règlements

cipline Committee were not entitled to sit as Benchers in Convocation when their report was being considered. It is my intention to deal first with this appeal.

The relevant sections of *The Law Society Act*, 1970 (Ont.) c. 19, are of importance, and I cite hereunder s. 33 (12) and ss. 34, 37 and 39.

33. (12) The decision taken after a hearing shall be in writing and shall contain or be accompanied by the reasons for the decision in which are set out the findings of fact and the conclusions of law, if any, based thereon, and a copy of the decision and the reasons therefor, together with a notice to the person whose conduct is being investigated of his right to appeal, shall be served upon him within thirty days after the date of the decision.

34. If a member is found guilty of professional misconduct or of conduct unbecoming a barrister and solicitor after due investigation by a committee of Convocation. Convocation may by order cancel his membershiip in the Society by disbarring him as a barrister and striking his name off the roll of solicitors or may by order suspend his rights and privileges as a member for a period to be named or may by order reprimand him or may by order make such other disposition as it considers proper in the circumstances.

. . . . .

37. If a committee of Convocation finds that a member has been guilty of professional misconduct or conduct unbecoming a barrister and solicitor which in its opinion does not warrant disbarment, suspension or reprimand in Convocation, the committee may by order reprimand him.

. . . . .

39. (1) Any member who had been found guilty under section 37 or any student member who has been found guilty under section 38 and, in either case, has been ordered to be reprimanded in committee, may appeal from the order of reprimand to Convocation within fifteen days from the day upon which he is served with the order of the committee.

(2) An appeal under this section shall be by motion, notice of which shall be served upon the Secretary, and the record shall consist of a copy of the proceedings before the committee, the evidence

d'application les membres du comité de discipline n'avaient pas le droit de siéger comme Benchers en assemblée lorsqu'on examinait leur rapport. J'ai l'intention de traiter d'abord de ce pourvoi-là.

Les articles pertinents du Law Society Act, statuts de l'Ontario de 1970, c. 19, ont de l'importance, et je cite ci-après l'art. 33, par. (12), et les art. 34, 37 et 39.

[TRADUCTION] 33. (12) La décision prise après une audition doit être par écrit et elle doit contenir les motifs de la décision ou en être accompagnée; ces motifs doivent contenir les conclusions de fait et, le cas échéant, les conclusions tirées d'après celles-ci sur le droit, et une copie de la décision et des motifs de décision, avec avis exposant à la personne dont la conduite est l'objet d'enquête son droit d'aller en appel, sera signifiée à celle-ci dans les trente jours suivant la date de la décision.

34. Si un membre est, après enquête appropriée menée par un comité d'assemblée, trouvé coupable d'inconduite professionnelle ou de conduite dérogatoire à la dignité d'un avocat et procureur, l'assemblée peut par ordonnance révoquer son affiliation de membre de la Society en le radiant comme avocat et en rayant son nom du Rôle des procureurs ou peut par ordonnance suspendre ses droits et privilèges de membre pour une période désignée ou peut par ordonnance le réprimander ou peut par ordonnance prendre les autres dispositions qu'elle considère appropriées dans les circonstances.

. . . . .

37. Si un comité d'assemblée conclut qu'un membre s'est rendu coupable d'une inconduite professionnelle ou conduite dérogatoire à la dignité d'un avocat et procureur qui à son avis ne va pas jusqu'à donner lieu à radiation, suspension ou réprimande en assemblée, le comité peut par ordonnance le réprimander.

. . . . .

39. (1) Le membre trouvé coupable en vertu de l'article 37, ainsi que le membre étudiant qui a été trouvé coupable en vertu de l'article 38, peuvent, lorsque le comité a ordonné une réprimande en comité, interjeter appel à l'assemblée de l'ordonnance de réprimande dans les quinze jours à compter de la date de signification de l'ordonnance du comité.

(2) L'appel en vertu du présent article est formé par requête, dont avis est signifié au secrétaire, et le dossier est constitué de la copie des procédures devant le comité, de la preuve prise, du rapport du

taken, the committee's report and all decisions, findings and orders of the committee in the matter.

(3) Upon the hearing of an appeal under this section, Convocation may vary the punishment imposed by the committee or may refer the matter or any part thereof back to a committee with such directions as it considers proper or may make such order as it considers proper in the circumstances.

(4) No bencher who sat on the committee of Convocation when the order appealed from was made shall take any part in the hearing of the appeal in Convocation.

(5) Subject to section 44, the decision of Convocation under this section is final and not subject to any further appeal.

Counsel for the Law Society makes his submissions in the alternative. Firstly, even if the proceedings in Convocation on January 20, 1972, did amount to an appeal from the decision of the Discipline Committee, there is nothing in the common law which would prevent the members of that Discipline Committee sitting in Convocation and considering the so-called appeal and, moreover, that such a right is implicit at any rate in the provisions of the statute which I have cited above. Secondly, counsel submits that the proceedings in Convocation were not an appeal at all but merely a review by Convocation of a report of its committee and that the proceedings were, in fact, designed to be in two stages: (1) a hearing by the Discipline Committee and a decision by that committee and the report of that decision then to Convocation where the second step would take place.

Apart from the provisions of *The Law Society Act*, I am in grave doubt as to whether, if the proceedings before Convocation were an appeal, the members of the Discipline Committee who made the decision should be entitled to sit in Convocation on that appeal. It is true that long ago in common law there was no prohibition of such duplication in the tribunal and that changes have been wrought by such statutes as counsel for the appellant refers to, that is, the *Judicature Act* in England, the Ontario *Judicature Act*, and the *Supreme Court of Canada Act*.

comité et de toutes les décisions, conclusions et ordonnances du comité.

(3) Lors de l'audition d'un appel en vertu du présent article, l'assemblée peut modifier la punition imposée par le comité ou peut renvoyer l'affaire ou une partie de l'affaire à un comité, avec les directives qu'elle considère appropriées, ou peut rendre l'ordonnance qu'elle considère appropriée dans les circonstances.

(4) Nul Bencher qui a fait partie du comité d'assemblée à l'époque de l'ordonnance dont appel ne doit participer de quelque façon à l'audition de l'appel en assemblée.

(5) Sous réserve de l'article 44, la décision de l'assemblée en vertu du présent article est finale et non sujette à appel subséquent.

L'avocat de la Law Society a présenté ses prétentions de façon alternative. Premièrement, même si les procédures en assemblée du 20 janvier 1972 ont équivalu à un appel de la décision du comité de discipline, rien dans le droit commun n'empêche les membres de ce comité de discipline de siéger en assemblée et d'examiner le présumé appel et, de plus, un tel droit découle de toute manière implicitement des dispositions de la loi que j'ai citée ci-dessus. Deuxièmement, l'avocat prétend que les procédures en assemblée n'étaient pas du tout un appel mais simplement une révision par l'assemblée d'un rapport de son comité et que les procédures étaient, en fait, destinées à être en deux stades: (1) une audition par le comité de discipline et une décision par ce comité-là et le rapport de cette décision à l'assemblée ensuite, devant laquelle le deuxième stade devait se dérouler.

Indépendamment des dispositions du *Law Society Act*, je doute sérieusement que, si les procédures devant l'assemblée étaient un appel, les membres du comité de discipline qui avaient rendu la décision eussent le droit de siéger en assemblée lors de cet appel. Il est vrai qu'il y a longtemps il n'y avait pas en *Common Law* de prohibition contre le cumul de fonctions judiciaires et que des changements ont été apportés par les lois que l'avocat de l'appelante mentionne, soit le *Judicature Act* en Angleterre, le *Judicature Act* ontarien et la *Loi sur la Cour*

I am of the opinion that there is modern authority now which, apart from statute, might tend to indicate such duplication as being bias or the opportunity for bias which would make the proceedings contrary to natural justice and I believe that the decision of this Court in *King v. University of Saskatchewan* [9], must be understood as applying only to its particular circumstances. Speaking for the Court there, I said at p. 690:

It is to be noted that those decisions all deal with either appeals from one administrative body to another or appeals from a licensing committee to the justice of the peace. In my view, they are inappropriate to apply to the situation under review in this appeal. These were all university bodies. It was inevitable that there would be duplication as one proceeded from one body to another; so, it was perfectly proper that the president of the university should be a member of the special appeal committee which he set up to consider the appeal that had been made originally to him. Again, the executive of the faculty council could not be presided over by anyone more fit for the office than the chief member of the faculty, that is, the president. And finally, the president of the university as vice-chancellor thereof was required, by the university statute, to be a member of the senate appeal committee. The other duplications are of persons carrying out their ordinary duties as members of the faculty of the University of Saskatchewan.

It was significant that no members of any of the bodies was a member of the faculty of the law school, and that when the dean or members of that faculty attended any of the bodies they withdrew before voting. I am of the opinion that, in such matters as were the concern of the various university bodies here, duplication was proper and was to be expected, and I am not ready to agree that such duplication would result in any bias or constitute a breach of natural justice.

A consideration of the provisions of *The Law Society Act*, however, moves me to the conclusion that the duplication of members of the tribunal between the court of first instance and

[9] [1969] S.C.R. 678.

*surprême du Canada.* Je suis d'avis qu'il y a maintenant des précédents modernes qui, indépendamment des lois, pourraient tendre à indiquer qu'un tel cumul constitue de la partialité ou de l'occasion de partialité propre à rendre les procédures contraires à la justice naturelle et je crois que la décision de cette Cour dans l'affaire *King c. University of Saskatchewan*[9] doit être comprise comme s'appliquant seulement à ses faits particuliers. Parlant pour la Cour dans cette décision-là, j'ai dit à la p. 690:

[TRADUCTION] Il faut noter que ces décisions traitent toutes soit d'appels interjetés d'un organisme administratif à un autre soit d'appels interjetés au juge de paix à l'encontre d'un comité d'octroi de permis. A mon avis, elles ne peuvent s'appliquer à la situation présente. Tous ces organismes étaient des organismes universitaires. Il était inévitable qu'il y ait cumul en passant d'un organisme à un autre; ainsi, il était parfaitement régulier que le président de l'université soit un membre du comité d'appel spécial qu'il a constitué pour examiner l'appel qui lui avait été originairement interjeté. De même, personne n'était plus apte à présider l'exécutif du conseil du corps enseignant que ne l'était le principal membre de ce corps, c'est-à-dire, le président. Et finalement, le président de l'université en tant que vice-chancelier devait, de par la loi constitutive, être un membre du comité d'appel du sénat. Les autres cumuls sont par des personnes accomplissant leurs devoirs ordinaires en tant que membres du corps professoral de l'université de la Saskatchewan.

Il était significatif qu'aucun membre d'aucun des organismes n'était un membre du corps enseignant de la faculté de droit, et que lorsque le doyen ou des membres de ce corps enseignant se sont présentés à l'un ou l'autre des organismes ils se sont retirés avant le vote. Je suis d'avis que, dans des affaires telles que celles qui intéressaient les divers organismes universitaires ici, un cumul était régulier et chose à laquelle on devait s'attendre, et je ne suis pas prêt à convenir qu'un tel cumul entraînerait une partialité quelconque ou constituerait une violation de la justice naturelle.

Une étude des dispositions du *Law Society Act*, cependant, me porte à la conclusion que le cumul par des membres du tribunal en première instance et en appel en l'espèce présente a été,

[9] [1969] R.C.S. 678.

the appellate court in this particular case has been, at any rate, implicitly accepted by the legislature.

Firstly, I refer to s. 34(12) and note that the decision after hearing shall be in writing and a copy of the decision thereof *together with a notice to the person whose conduct is being investigated, of his right of appeal* shall be served upon that person. Therefore, the legislation contemplated an appeal by the solicitor whose conduct was being investigated and that was an appeal from the decision of the Discipline Committee. There is no other reference in the statute to an appeal from the decision of the Discipline Committee. Section 44 grants the right of appeal to any person dissatisfied with a decision of Convocation but does not in any way apply to an appeal from the decision of the Discipline Committee. There is, moreover, in the statute, no reference to the body to which the person whose conduct is being investigated may appeal, though I think it must be understood that the appeal is from the decision of the Discipline Committee to Convocation. Section 55 of *The Law Society Act* provides, in part:

> 55. Subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council, Convocation may make regulations respecting any matter that is outside the scope of the rule-making powers specified in section 54 and, without limiting the generality of the foregoing,
>
> 1. respecting any matter ancillary to the provisions of this Act with regard to the admission, conduct and discipline of members and student members and the suspension and restoration of their rights and privileges, the cancellation of memberships and student memberships, the resignation of members, and the readmission of former students and student members;

It would appear that acting on that authorisation the Law Society enacted what it designates as Reg. 556, R.R.O. 1970, and subs. (7) of s. 13 provides:

> 13. (7) The Secretary shall;
>
> (*a*) prepare the report referred to in subsection 6 for approval by the Committee, and the Commit-

de toute manière, implicitement accepté par la législature.

Premièrement, je me reporte au par. (12) de l'art. 34 et note que la décision après l'audition doit être par écrit et qu'une copie de la décision prise à la suite de l'audition doit être, *avec avis exposant à la personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête son droit d'en appeler*, signifiée à cette personne. Par conséquent, la législature a envisagé un appel par le procureur dont la conduite fait l'objet d'une enquête et il s'agissait là d'un appel à l'encontre de la décision du comité de discipline. Il n'y a dans la loi aucune autre mention d'un appel à l'encontre d'une décision du comité de discipline. L'article 44 donne un droit d'appel à toute personne qui n'est satisfaite de la décision de l'assemblée mais ne s'applique en aucune façon à un appel à l'encontre de la décision du comité de discipline. Il n'y a, de plus, dans la loi, aucune mention de l'organisme auquel la personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête peut interjeter appel, bien que je pense qu'il doive être compris que l'appel est interjeté à l'assemblée à l'encontre de la décision du comité de discipline. L'article 55 du *Law Society Act* prévoit, en partie, ceci:

> [TRADUCTION] 55. Sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, l'assemblée peut faire des règlements concernant toute matière qui n'est pas visée par les pouvoirs de réglementation spécifiés dans l'article 54 et, sans limiter la généralité de ce qui précède,
>
> 1. concernant toute matière accessoire aux dispositions de la présente loi relativement à l'admission, à la conduite et à la discipline des membres et des membres étudiants et à la suspension et au rétablissement de leurs droits et privilèges, à la révocation des qualités de membre et de membre étudiant, à la démission, et à la réadmission d'anciens étudiants et de membres étudiants;

Il semblerait que se fondant sur ses pouvoirs la Law Society ait édicté ce qu'elle a désigné comme étant le Reg. 556, R.R.O. 1970 et le par (7) de l'art 13 prévoit ceci:

> [TRADUCTION] 13. (7) Le secrétaire doit,
>
> *a*) préparer le rapport mentionné au paragraphe 6 pour approbation par le comité, et l'approbation

tee's approval shall be evidenced by the signature thereto of the member of the Committee who presided at the hearing or in his absence by another member of the Committee who was present at the hearing; and

(*b*) serve upon the member whose conduct is being investigated a copy of the report as so approved, a notice of the time and place of the Convocation that will consider the report, a summons requiring him to attend thereat and a notice substantially as follows:

"If you intend to dispute any statement of fact or finding of fact contained in the attached report of the Discipline Committee at the time of its consideration by Convocation, you are required to file with the Secretary not later than the day preceding Convocation a written statement setting forth any such statement of fact or finding of fact that you intend to dispute."

Acting on that notice, the appellant delivered to the Law Society a long and detailed statement of his position which concluded:

It is, therefore, respectfully submitted that all of the charges found to be established by the committee should be determined by Convocation not to be established and dismissed.

It is, perhaps, of some significance that no place in s. 13 is the procedure referred to as an appeal from the decision of the Discipline Committee but rather the decision of the Discipline Committee is designated as a report and the notice is of the solicitor's right to dispute a finding of fact in the report.

It should be observed that by s. 39 of *The Law Society Act* a member or a student who has been found guilty by the Discipline Committee and who has been reprimanded by that committee is given a specific right of appeal and by subs. (4) of that section it is provided that no bencher who sat on the committee of Convocation when the order appealed from was made should take part in the hearing of the appeal in Convocation. It would seem that this is a proper place to apply the maxim *expressio unius est exclusio alterius*. It would be difficult to understand why the legislators would seem to grant a

du comité sera attestée par la signature qu'apposera sur le rapport le membre du comité qui a présidé l'audition ou en son absence qu'apposera un autre membre du comité qui était présent à l'audition; et

*b*) signifier au membre dont la conduite fait l'objet d'une enquête une copie du rapport ainsi approuvé, un avis des temps et lieux de l'assemblée qui examinera le rapport, une convocation le sommant d'être présent à l'assemblée et un avis rédigé substantiellement comme suit:

«Si vous entendez contester une énonciation de fait ou conclusion de fait contenue dans le rapport ci-joint du comité de discipline au moment où il sera examiné par l'assemblée, vous êtes requis de produire auprès du secrétaire pas plus tard que le jour précédent l'assemblée une déclaration écrite exposant quelle énonciation de fait ou conclusion de fait vous entendez contester.»

Donnant suite à cet avis, l'appelant a produit auprès de la Law Society une déclaration longue et détaillée exposant sa position et qui concluait comme suit:

[TRADUCTION] Il est, par conséquent, respectueusement avancé que toutes les accusations que le comité a jugées établies doivent être jugées par l'assemblée comme non établies et être rejetées.

Il est, peut-être, de quelque importance que nulle part dans l'art. 13 la procédure est-elle mentionnée comme étant un appel à l'encontre d'une décision du comité de discipline mais plutôt la décision du comité de discipline est désignée comme étant un rapport et l'avis a trait au droit du procureur de contester une conclusion de fait contenue dans le rapport.

Il faut remarquer que par l'art. 39 du *Law Society Act* un membre ou un étudiant qui a été trouvé coupable par le comité de discipline et qui a été réprimandé par ce comité se voit octroyé un droit d'appel spécifique et par le par. (4) de cet article il est prévu qu'aucun Bencher qui a siégé sur le comité de l'assemblée à l'époque de l'ordonnance dont appel ne doit participer à l'audition de l'appel en assemblée. Il semblerait qu'il y a lieu ici d'appliquer le maxime *expressio unius est exclusio alterius*. Il serait difficile de comprendre pourquoi les législateurs sembleraient octroyer un droit d'appel au par.

right of appeal in s. 33(12) and remain silent as to whether members of the Discipline Committee could join Convocation upon that appeal and then create a specific right of appeal in s. 39 and specifically prohibit members of the Discipline Committee sitting on the appeal. For this reason, I am inclined to the opinion that if the proceedings were an appeal then none the less the members of the Discipline Committee could sit in Convocation on the hearing of that appeal.

I am, however, much more impressed by the alternative argument of counsel for the Law Society. I have already pointed out that the appellant did not purport to appeal from the decision of the Discipline Committee. The Law Society simply, in accordance with the rule which I have quoted, sent him a notice of the time when the report of the Discipline Committee would be considered by Convocation and notified him also of his opportunity to object to that report.

After the proceedings in Convocation on January 20, 1972, the Treasurer announced the decision of Convocation in these words:

> Convocation has voted to accept the decision of the Discipline Committee. Accordingly you have been found guilty of professional misconduct as set forth in the report of the Discipline Committee.

The Benchers of Convocation are all skilled lawyers. Had it been intended to dismiss an appeal, words appropriate to that procedure would have been used.

Osler J. was of the opinion that the proceedings in Convocation were in the nature of an appeal although perhaps not so entitled. In coming to that conclusion, he examined various authorities, *inter alia*, *Re Glassman and Council of the College of Physicians and Surgeons*[10], *R. v. Alberta Securities Commission, Ex parte Albrecht* [11] and *Re Dancyger and Alberta Phar-*

[10] [1966] 2 O.R. 81.

[11] (1963), 36 D.L.R. (2d) 199.

(12) de l'art. 33 et resteraient silencieux sur la question de savoir si des membres du comité de discipline peuvent se joindre à l'assemblée lors de cet appel puis ensuite créer un droit d'appel spécifique à l'art. 39 et interdire spécifiquement aux membres du comité de discipline de siéger lors de l'appel. Pour cette raison, je suis enclin à opiner que si les procédures étaient un appel alors néanmoins les membres du comité de discipline pouvaient siéger en assemblée lors de l'audition de cet appel.

Je suis, cependant, beaucoup impressionné par l'argument subsidiaire de l'avocat de la Law Society. J'ai déjà signalé que l'appelant n'a pas prétendu interjeter appel à l'encontre d'une décision du comité de discipline. La Law Society lui a simplement, conformément à la règle que j'ai déjà citée, envoyé un avis lui notifiant le moment où l'assemblée devait examiner le rapport du comité de discipline et lui notifiant aussi son droit de faire objection à ce rapport.

Après les procédures en assemblée du 20 janvier 1972, le trésorier a annoncé la décision de l'assemblée dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] L'assemblée a par vote accepté la décision du comité de discipline. En conséquence vous avez été trouvé coupable d'inconduite professionnelle telle qu'exposée dans le rapport du comité de discipline.

Les Benchers d'assemblée sont tous des avocats versés dans l'art de leur profession. Si l'on avait voulu rejeter l'appel, des termes appropriés auraient été utilisés.

Le juge Osler a été d'avis que les procédures en assemblée étaient de la nature d'un appel encore que, peut-être, non autorisées. En venant à cette conclusion, il a examiné diverses autorités, entre autre, *Re Glassman and Council of the College of Physicians and Surgeons*[10], *R. v. Alberta Securities Commission, Ex parte Albrecht*[11] et *Re Dancyger and Alberta Pharma-*

[10] [1966] 2 O.R. 81.

[11] (1963), 36 D.L.R. (2d) 199.

*maceutical Association*[12]. It is regrettable that neither Osler J. nor the Court of Appeal for Ontario had the opportunity to consider the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Re Merchant and Benchers of the Law Society of Saskatchewan* [13]. There, Culliton C.J.S. gave the reasons for the Court and, although a decision of Convocation was quashed on other grounds, held that the presence at Convocation of the members of the Discipline Committee who had considered the charge of misconduct and reported that such charge was well-founded and had recommended that the solicitor be reprimanded was no cause for the quashing of the decision of the Convocation. The Chief Justice said at pp. 180 and 181:

In my view, the inquiry into, and the final disposition of, a complaint under the *Legal Profession Act*, R.S.S. 1965, c. 301, is a single proceeding in which there are two stages: Firstly, the inquiry and investigation into the complaint by the Discipline Committee, the results of which are embodied in a report to the Benchers; and secondly, the consideration and disposition of the report by the Benchers in Convocation. That being so, I can see no basis for the submission that the Benchers who were members of the Discipline Committee would be precluded from participating in the deliberations of the Benchers in Convocation: *Re Dancyger and Alberta Pharmaceutical Association* (1970), 17 D.L.R. (3d) 206, [1971] 1 W.W.R. 371; *Banks v. Hall*, [1941] 4 D.L.R. 217, [1941] 2 W.W.R. 534.

The provisions of the statute considered by the Chief Justice of Saskatchewan in the *Merchant* case were exactly in *para materia* with the provisions of *The Law Society Act* of Ontario which govern the present appeal. It will be seen that the Chief Justice of Saskatchewan adopted the view of the Appellate Division of Alberta in *Dancyger and Alberta Pharmaceutical Association, supra*, and I am persuaded that such a view is a proper one to take upon the present appeal. It is true that under the provisions of s. 33(12) of *The Law Society Act*, the

[12](1970), 17 D.L.R.(3d)206.
[13](1972), 32 D.L.R. (3d) 178.

*ceutical Association*[12]. Il est regrettable que ni le juge Osler ni la Cour d'appel de l'Ontario n'aient eu la chance d'examiner la décision de la Cour d'appel de Saskatchewan rendu dans l'affaire *Re Merchant and Benchers of the Law Society of Saskatchewan*[13]. Dans cette décision, le juge en chef Culliton a donné les motifs de la Cour et, bien qu'une décision de l'assemblée ait été cassée sur d'autres motifs, a statué que la présence à l'assemblée des membres du comité de discipline qui avait examiné l'accusation d'inconduite et fait rapport que cette accusation était bien fondée et avait recommandé que le procureur soit réprimandé, n'était pas un motif de cassation de la décision de l'assemblée. Le juge en chef a dit, aux pp. 180 et 181:

[TRADUCTION] A mon avis, l'enquête et la décision finale en matière de plainte portée en vertu du *Legal Profession Act*, R.S.S. 1965, c. 301, constitue une procédure unique dans laquelle il y a deux stades: Premièrement, l'enquête et l'investigation par le comité de discipline, qui donnent lieu à un rapport aux Benchers; et deuxièmement, l'examen du rapport par les Benchers en assemblée et la décision de ces derniers sur le rapport. Cela étant, je ne puis voir aucune raison de prétendre que les Benchers qui étaient membres du comité de discipline seraient empêchés de participer aux délibérations des Benchers en assemblée: *Re Dancyger and Alberta Pharmaceutical Association* (1970), 17 D.L.R. (3d) 206, [1971] 1 W.W.R. 371; *Banks v. Hall*, [1941] 4 D.L.R. 217, [1941] 2 W.W.R. 534.

Les dispositions de la loi considérées par le juge en chef de la Saskatchewan dans l'affaire *Merchant* étaient exactement équivalentes aux dispositions du *Law Society Act* de l'Ontario qui régissent le pourvoi. On verra que le juge en chef de la Saskatchewan a adopté l'avis de la Division d'appel de l'Alberta exprimé dans l'arrêt *Dancyger and Alberta Pharmaceutical Association, supra*, et je suis persuadé que c'est là un avis qu'il convient d'adopter en ce pourvoi. Il est vrai qu'en vertu des dispositions du par. (12) de l'art. 33 du *Law Society Act*, le comité de

[12](1970), 17 D.L.R. (3d) 206.
[13](1972), 32 D.L.R. (3d) 178.

Discipline Committee makes a decision but, under s. 34 if a member is found guilty of professional misconduct after due investigation by a committee of Convocation, *i.e.*, the Discipline Committee, it is Convocation alone who may take the requisite disciplinary measure other than a mere reprimand in committee permitted by the provisions of s. 37.

I have come to the conclusion that what is intended in ss. 33 *ff.* of *The Law Society Act* of Ontario is the same two-step procedure which was found to exist in Alberta in the *Dancyger* case and in Saskatchewan in the *Merchant* case.

In the present case, as in those two cases, the members of the committee were in no sense accusers or prosecutors. The accuser in this case was Kenneth Jarvis, the Secretary of the Law Society of Upper Canada, and the proceedings were commenced by his affidavit sworn on January 6, 1971. The members of the discipline committee acted solely to investigate and report. The committee also made a recommendation but I am not ready to agree that such course of action in any way changed their function from that of an investigator and reporter to that of a prosecutor. Under these circumstances, such decisions as *Law v. Chartered Institute of Patent Agents*[14], *Frome United Breweries Company Limited and Keepers of the Peace and Justices for County Borough of Bath*[15], and the many cases discussed therein do not apply.

Therefore, to summarize as to the Law Society's appeal, I would allow this appeal both for the reason that under the provisions of the statute if the proceedings in Convocation were an appeal then it was proper for the members of the Discipline Committee to sit in Convocation and also for the reason that in my view the procedure was not an appeal and, therefore,

[14] [1919] 2 Ch. 276.
[15] [1926] A.C. 586 (H.L.).

discipline rend une décision mais, en vertu de l'art. 34 si un membre est trouvé coupable d'inconduite professionnelle après enquête régulière menée par un comité d'assemblée, c.-à-d., le comité de discipline, c'est l'assemblée seule qui peut prendre la mesure disciplinaire qui s'impose lorsqu'il ne s'agit pas seulement d'une simple réprimande en comité permise par les dispositions de l'art. 37.

Je suis venu à la conclusion que ce que visent les art. 33 et suiv. du *Law Society Act* de l'Ontario est la même procédure en deux temps que celle qui a été jugée exister en Alberta dans l'affaire *Dancyger* et en Saskatchewan dans l'affaire *Merchant*.

Dans la présente affaire, comme dans ces deux affaires-là, les membres du comité n'étaient dans aucune acception des termes des accusateurs ou des poursuivants. L'accusateur en l'espèce présente était Kenneth Jarvis, le secrétaire de la Law Society of Upper Canada, et les procédures ont été amorcées par sa déclaration sous serment souscrite le 6 janvier 1971. Les membres du comité de discipline ont agi uniquement à des fins d'enquête et de rapport. Le comité a également fait une recommandation mais je ne suis pas prêt à convenir qu'une telle mesure ait changé de quelque façon leur fonction de celle d'enquêteur et de rapporteur à celle de poursuivant. Dans ces circonstances, des décisions telles que les arrêts *Law v. Chartered Institute of Patent Agents*[14], *Frome United Breweries Company Limited and Keepers of the Peace and Justices for County Borough of Bath*[15], ainsi que les nombreux arrêts qui y sont discutés, ne s'appliquent pas.

Par conséquent, pour résumer quant au pourvoi de la Law Society, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi à la fois pour le motif qu'en vertu des dispositions de la Loi si les procédures en assemblée étaient un appel alors il était régulier pour les membres du comité de discipline de siéger en assemblée et aussi pour le motif que à mon avis la procédure n'était pas un appel et,

[14] [1919] 2 Ch. 276.
[15] [1926] A.C. 586 (H.L.).

there is no bar to the Benchers who were members of the Discipline Committee sitting in Convocation on a consideration of the report of that Discipline Committee. Since Mr. French's appeal was based upon the proposition that not only should the decision of Convocation be quashed but also the decision of the Discipline Committee should be quashed rather than merely remitted for further consideration to Convocation, there is no need to consider the appeal in view of the conclusion to which I have arrived. The Law Society should be entitled to its costs in all courts.

*Appeal allowed with costs in all courts, cross-appeal dismissed,* LASKIN C.J. *and* RITCHIE *and* DICKSON JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Manning, Bruce, Macdonald & Macintosh, Toronto.*

par conséquent, il n'y avait aucun empêchement à ce que les Benchers qui étaient membres du comité de discipline siègent en assemblée pour l'étude du rapport de ce comité de discipline. Étant donné que le pourvoi de M. French est basé sur la proposition que non seulement on doit annuler la décision de l'assemblée mais également annuler la décision du comité de discipline plutôt que simplement la renvoyer à l'assemblée pour une nouvelle étude, il n'y a pas lieu d'examiner le pourvoi vu la conclusion à laquelle je suis arrivé. La Law Society a droit à ses dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours, pourvoi incident rejeté, le juge en Chef* LASKIN *et les juges* RITCHIE *et* DICKSON *étant dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Manning, Bruce, Macdonald et Macintosh, Toronto.*

**Minister of National Revenue** *Appellant*;

and

**Bethlehem Copper Corporation Ltd.** *Respondent.*

1974: February 25, 26; 1974: October 1.

Present: Martland, Judson, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation—New mine—Exemption—Adjacent ore bodies—Successive mining operations by means of separate extraction facilities—Processing by same mill—Right to tax benefit for each ore body—Income Tax Act, R.S.C., 1952, c. 148 as amended, s. 83(5).*

Respondent was incorporated for the purpose of exploring and dredging certain copper mineral claims in the Highland Valley area of British Columbia. In 1958 the exploratory and proving work revealed two substantial and distinct ore bodies in the Jersey and East Jersey zones. Respondent decided, as a matter of economic necessity, to develop each of the two zones separately by two individual pits. Production from the East Jersey ore body was commenced on December 31, 1962, with a mill having a capacity of 3,300 tons per day. The ore was extracted by means of open pit mining. At that capacity, the East Jersey ore body would have been mined out in approximately three years. Respondent obtained tax exemption under s. 83(5) of the *Income Tax Act* for the period commencing December 1, 1962, when production in reasonable commercial quantities commenced from the East Jersey ore body.

The preparatory work necessary to bring in another open pit was commenced in 1964 while respondent's directors authorized the expansion of plant capacity to 6,000 tons a day in January 1964, and in January 1965 to 10,000 tons per day. This was part of the program to redesign the mill to treat ore from the Jersey ore body. However, on February 17, 1965, a rock slide in the East Jersey zone forced respondent company to discontinue the East Jersey operation. The Jersey ore body was brought into production shortly thereafter. In June 1965 respondent company filed another claim for exemption from taxation

**Le Ministre du Revenu National** *Appelant*;

et

**Bethlehem Copper Corporation Ltd.** *Intimée.*

1974: les 25 et 26 février; 1974: le 1er octobre.

Présents: Les juges Martland, Judson, Pigeon, Dickson et Beetz.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Revenu—Nouvelle mine—Exemption—Gisements adjacents—Exploitation successive par installations différentes—Traitement par la même usine—Droit à l'avantage fiscal pour chaque gisement—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148 et ses amendements, art. 83(5).*

L'intimée a été constituée en corporation dans le but de faire l'exploration et le dragage de certains claims cuprifères dans la région de Highland Valley, Colombie-Britannique. En 1958 des travaux d'exploration et de forage ont révélé l'existence de deux gisements importants et distincts dans les zones de Jersey et East Jersey. L'intimée a décidé, pour des nécessités d'ordre économique, d'aménager chacune des deux zones séparément, en deux puits distincts. La production à partir du gisement East Jersey a commencé le 31 décembre 1962 avec une usine ayant une capacité de 3,300 tonnes par jour. L'extraction du minerai se faisait par le procédé à ciel ouvert. A cette capacité, le minerai du gisement East Jersey devait être épuisé au bout d'environ trois ans. L'intimée a obtenu une exemption d'impôt en vertu du par. (5) de l'art. 83 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour la période commencée le 1er décembre 1962, quand la production à partir du gisement East Jersey eut commencé à se faire en quantités commerciales raisonnables.

Des travaux préparatoires nécessaires à l'introduction d'un autre puits à ciel ouvert dans la zone Jersey ont commencé en 1964 pendant que les administrateurs de l'intimée autorisaient en janvier 1964 l'augmentation de la capacité des installations à 6,000 tonnes par jour, et en janvier 1965 à 10,000 tonnes par jour. Cela faisait partie du programme prévoyant le réaménagement de l'usine aux fins de traiter du minerai provenant du gisement Jersey. Cependant un glissement rocheux survenu le 17 février 1965 dans la zone East Jersey a forcé la Compagnie intimée à cesser de façon permanente l'exploitation du gise-

under s. 83 (5) of the Act, in respect of the period commencing February 17, 1965, for income from the operation of the Jersey ore body. The claimed amount was computed by deducting the costs of concentrate production and marketing from the income from concentrates produced. Tax was assessed by the Minister on the basis that the amount of income was not exempt. The trial judge concluded that the company had operated two distinct mines and that it was entitled to the tax benefit provided by s. 83 (5) in respect of the Jersey mine. In the Federal Court of Appeal, the Minister's appeal was dismissed and the assessment was referred back to the Minister for reassessment on the basis that, by virtue of s. 83 (5) of the *Income Tax Act*, there was not to be included, in computing respondent's income, any part of respondent's income that was derived from the extraction of ore from the Jersey ore body during the period of thirty-six months commencing with the day on which it came into production.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The words "operation of a mine" in s. 83(5) of the Act refer only to the extraction of ore from an ore body and do not include the processing of the ore after it has been produced. There is a "mine" within the meaning of s. 83(5) if there is a body of ore together with the workings, equipment and machinery capable of producing it. The Jersey became a mine when its separate body of ore commenced to be extracted by means of its separate and distinct extraction facilities. The fact that it was operated by the same company which had operated East Jersey does not preclude a claim since a separate mine is involved. The fact that respondent company used the same mill for processing the Jersey ore as it had used for the East Jersey ore does not affect the position. The mining process is completed by the production of the ore, and a mine does not cease to be a mine because the ore extracted from it is processed in a mill which also processes ore from other mines.

*North Bay Mica Company Limited v. Minister of National Revenue*, [1958] S.C.R. 597; *Minister of National Revenue v. The Maclean Mining Company Limited*, [1970] S.C.R. 877, referred to.

ment East Jersey. Le gisement Jersey a été mis en production quelque temps après. En juin 1965 la Compagnie intimée a demandé une autre exemption d'impôt sous le régime du par. (5) de l'art. 83 de la Loi, relative à la période commençée le 17 février 1965 et concernant le revenu provenant de l'exploitation du gisement Jersey. Le montant de l'exemption a été calculé en déduisant les coûts de production et de mise en marché des concentrés du revenu tiré de la production de concentrés. L'impôt a été cotisé par le Ministre à partir du principe que le montant du revenu n'était pas exempt. Le juge de première instance a conclu que la compagnie avait exploité deux mines distinctes et qu'elle avait droit à l'avantage fiscal du par. (5) de l'art. 83 à l'égard de la mine Jersey. En Cour d'appel fédérale, l'appel du Ministre fut rejeté et la cotisation renvoyée au Ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation en tenant compte du fait qu'en vertu du par. 5 de l'art. 83 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il ne fallait pas inclure, dans le calcul du revenu de l'intimée, cette partie de son revenu qui provient de l'extraction du minerai du gisement Jersey au cours de la période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production.

*Arrêt*: L'appel doit être rejeté.

L'expression «exploitation d'une mine» au par. (5) de l'art. 83 de la Loi vise uniquement l'extraction du minerai d'un gisement et ne comprend pas le traitement du minerai après sa production. «Une mine» selon le sens du par. (5) de l'art. 83 existe s'il existe un gisement de minerai accompagné des travaux d'aménagement, matériel d'exploitation et machineries aptes à le produire. La mine Jersey est devenue une mine lorsqu'on a commencé à extraire du minerai de son gisement distinct au moyen de ses installations d'extraction séparées et distinctes. Le fait qu'elle était exploitée par la même compagnie qui avait exploité le gisement East Jersey n'empêche pas une exemption puisqu'il s'agit d'une mine différente. Le fait que la Compagnie intimée a, pour traiter le minerai de Jersey, utilisé la même usine que pour le minerai de East Jersey, ne change pas la situation. L'exploitation minière est complétée par la production du minerai et une mine ne cesse pas d'être une mine parce que le minerai qu'on en extrait est transformé dans une usine qui transforme aussi du minerai provenant d'autres mines.

Arrêts mentionnés: *North Bay Mica Company Limited* c. *Le Ministre du Revenu National*, [1958] R.C.S. 597; *Le Ministre du Revenu National c. The MacLean Mining Company Limited*, [1970] R.C.S. 877.

APPEAL from a judgment from the Federal Court of Appeal[1], dismissing an appeal by the Minister against a trial judgment allowing an appeal against a tax assessment. Appeal dismissed.

*J. A. Scollin, Q.C.*, and *M. J. Bonner*, for the appellant.

*B. W. F. McLoughlin, Q.C.*, and *J. Bruk*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal is from a judgment of the Federal Court of Appeal, which dismissed an appeal by the appellant, hereinafter referred to as "the Minister", from the judgment at trial, in favour of the respondent, hereinafter referred to as "the Company", on its appeal from an assessment by the Minister of its income for the fiscal year ending February 28, 1967.

The Company was incorporated in 1955, under the laws of British Columbia, for the purpose of exploring and dredging certain copper mineral claims in the Highland Valley area of that province. In the first two years of the Company's operations the exploratory and proving work was done principally in what the Company's annual reports for 1956 and 1957 refer to as the Iona and Jersey zones. The trial judge found that it was recognized by 1958 that there were two ore bodies in the Jersey zone—the Jersey and the East Jersey.

In April of 1958 the Company's consultants recommended that "before an accurate estimate of grade could be made, an extensive underground bulk sampling program is required" which would involve "mainly diamond drilling, churn drilling having been concentrated principally on the Jersey and East Jersey zones there-

[1] [1973] F.C. 565.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel fédérale[1] rejetant un appel du Ministre à l'encontre d'un jugement de première instance accueillant un appel d'une cotisation sur le revenu. Appel rejeté.

*J. A. Scollin, c.r.*, et *M. J. Bonner*, pour l'appelant.

*B. W. F. McLoughlin, c.r.*, et *J. Bruk*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Cet appel est à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel fédérale, qui a rejeté un appel que l'appelant, ci-après appelé «le Ministre», a interjeté à l'encontre d'un jugement de première instance prononcé en faveur de l'intimée, ci-après appelée «la Compagnie». Celle-ci en avait appelé de la cotisation établie sur son revenu par le Ministre pour l'exercice financier terminé le 28 février 1967.

La Compagnie a été constituée en corporation en 1955, sous le régime des lois de la Colombie-Britannique, dans le but de faire l'exploration et le dragage de certains claims cuprifères situés dans la région de Highland Valley, dite province. Les deux premières années, les travaux d'exploration et de sondage se sont effectués principalement dans les zones que les rapports annuels de la Compagnie de 1956 et de 1957 appellent zone Iona et zone Jersey. Le juge de première instance a conclu que dès 1958 on reconnaissait qu'il y avait deux gisements dans la zone Jersey—le gisement Jersey et le gisement East Jersey.

En avril 1958, les experts-conseils de la Compagnie recommandèrent que [TRADUCTION] «avant de faire une évaluation précise de la teneur en minerai, on procède à un vaste programme souterrain d'échantillonnage en vrac», ce qui devait nécessiter «surtout des forages au diamant, le sondage percutant ayant été concen-

[1] [1973] C.F. 565.

by outlining two substantial and separate ore bodies". A contract was awarded by the Company to drive an adit through the Jersey and East Jersey ore bodies and to carry out an exploration program.

In February of 1960 the Company made an agreement with certain Japanese interests ("the Sumitomo companies") with the object of bringing the property into production without delay. The agreement provided for the sale to Sumitomo of shares of the Company, the consideration to be used by the Company to complete exploration of the ore bodies and, in particular, to explore an anomaly lying between the Jersey and East Jersey zones which, were it found to have contained sufficient tonnage of commercial grade, might have necessitated a pit dealing with or including all three zones. It appears that, having explored the area between the Jersey and the East Jersey zones and having found insufficient mineralized rock, the Company was required, as a matter of economic necessity, to develop each of the Jersey and East Jersey zones separately.

In 1961 Wright Engineers Limited, a firm of consulting engineers retained by the Company, prepared a production plan and economic analysis. This report described the differences in the rock and ore between the Jersey and East Jersey zones and contemplated construction of a 3,000 tons per day crusher and mill with ore coming first from the East Jersey zone. The report also contemplated a later increase in plant capacity to make the handling of ore from the Jersey zone economically practical. The mining method was to be open pit and two pits were contemplated, one for East Jersey and the other for Jersey.

Based on the Wright Engineers' economic analysis, an agreement was made between the Company and the Sumitomo group whereby Sumitomo provided funds to put the property into production at a rated mill capacity of 3,000

tré surtout dans les zones de Jersey et de East Jersey, et ayant révélé l'existence de deux gisements importants et distincts». La Compagnie adjugea un contrat prévoyant la construction d'une galerie à flanc de coteau à travers les gisements de Jersey et de East Jersey ainsi que la mise en œuvre d'un programme d'exploration.

En février 1960, la Compagnie conclut un accord avec certains financiers japonais («les compagnies Sumitomo») afin d'exploiter les gisements sans délai. L'accord prévoyait la vente à Sumitomo d'actions de la Compagnie, moyennant quoi celle-ci compléterait l'exploration des gisements miniers et, en particulier, l'exploration d'une formation irrégulière située entre les zones Jersey et East Jersey, laquelle, si on y avait trouvé suffisamment de minerai à teneur commerciale, aurait pu nécessiter un puits desservant ou incluant toutes les trois zones. Il semble qu'ayant exploré le terrain entre la zone de Jersey et la zone de East Jersey et ayant trouvé des roches insuffisamment minéralisées, la Compagnie ait dû, pour des nécessités d'ordre économique, aménager chacune des zones Jersey et East Jersey séparément.

En 1961, Wright Engineers Limited, une firme d'ingénieurs-conseils engagée par la Compagnie, a préparé un plan de production et une analyse économique. Ce rapport décrivait les différences entre les zones Jersey et East Jersey du point de vue de la roche et du minerai et envisageait la construction d'un broyeur et d'une usine d'une capacité de 3,000 tonnes par jour alimentés d'abord par le minerai provenant de la zone East Jersey. Le rapport envisageait aussi une augmentation ultérieure de la capacité de l'usine pour rendre rentable la manutention de minerai à partir de la zone Jersey. L'extraction devait se faire à ciel ouvert et deux puits étaient prévus, l'un pour East Jersey et l'autre pour Jersey.

Sur la base de l'analyse économique de Wright Engineers, un accord est intervenu entre la Compagnie et le groupe Sumitomo par lequel celui-ci fournissait le capital nécessaire à la mise en production des gisements à une capacité nor-

tons per day. The agreement contemplated expansion of the facilities to 5,000 tons per day.

Production from the East Jersey ore body was commenced on December 31, 1962, with a mill having a capacity of 3,300 tons per day. The ore was extracted by means of open pit mining. At the rated mill capacity of 3,300 tons per day the East Jersey ore body would have been mined out in approximately three years. The Company filed a claim for exemption under s. 83(5) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, hereinafter referred to as "the Act", in respect of the period commencing December 1, 1962, when production in reasonable commercial quantities commenced from the East Jersey ore body. The exemption was granted, subject to certain qualifications.

Some development was commenced on the Jersey zone in 1964; *i.e.* the preparatory work necessary to bring in another open pit. The directors of the Company authorized the expansion of plant capacity to 6,000 tons a day in January, 1964, and in January of 1965 the expansion of the mill to 10,000 tons per day was authorized. In February of 1965 the mill was operating at approximately 4,600 tons per day; by April of 1966 this had increased to 6,000 tons per day and by December of 1966 it had reached 10,000 tons per day. This was part of the program to redesign the mill to treat ore from the Jersey ore body.

On February 17, 1965, a rock slide in East Jersey forced the Company permanently to discontinue the East Jersey operation. The Jersey ore body was brought into production shortly thereafter, somewhat earlier than had been contemplated in the original plan.

The Company filed a further claim for exemption from taxation under s. 83(5) of the Act in June of 1965, in respect of a period commencing February 17, 1965, for income from the operation of the Jersey ore body. The Minister

male d'usine de 3,000 tonnes par jour. L'accord prévoyait l'agrandissement des installations à une capacité de 5,000 tonnes par jour.

La production à partir du gisement East Jersey a commencé le 31 décembre 1962, avec une usine ayant une capacité de 3,300 tonnes par jour. L'extraction du minerai se faisait par le procédé à ciel ouvert. A la capacité normale d'usine de 3,300 tonnes par jour, le minerai du gisement East Jersey devait être épuisé au bout d'environ trois ans. La Compagnie a produit une demande d'exemption d'impôt en vertu du par. (5) de l'art. 83 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148 et ses amendements, ci-après appelée «la Loi», pour la période commencée le 1er décembre 1962, quand la production à partir du gisement East Jersey eut commencé à se faire en quantités commerciales raisonnables. L'exemption a été accordée, sujette à certaines réserves.

Quelques travaux d'aménagement ont commencé dans la zone Jersey en 1964, c'est-à-dire les travaux préparatoires nécessaires à l'introduction d'un autre puits à ciel ouvert. En janvier 1964, les administrateurs de la Compagnie ont autorisé l'augmentation de la capacité des installations à 6,000 tonnes par jour, et en janvier 1965 à 10,000 tonnes par jour. En février 1965, l'usine fonctionnait à une capacité d'environ 4,600 tonnes par jour; en avril 1966, ce rendement était passé à 6,000 tonnes par jour, et en décembre 1966 à 10,000 tonnes. Cela faisait partie du programme prévoyant le réaménagement de l'usine aux fins de traiter du minerai provenant du gisement Jersey.

Le 17 février 1965, un glissement rocheux dans la zone East Jersey a forcé la Compagnie à cesser de façon permanente l'exploitation du gisement East Jersey. Le gisement Jersey a été mis en production quelque temps après, soit un peu plus tôt que prévu dans le plan originaire.

En juin 1965, la Compagnie a produit une autre demande d'exemption d'impôt sous le régime du par. (5) de l'art. 83 de la Loi, relative celle-là à une période commencée le 17 février 1965 et concernant le revenu provenant de l'ex-

refused to grant the exemption. In its 1967 return of income the Company, in a schedule entitled "taxation adjustment—February 1967", claimed as exempt under s. 83(5) the sum of $6,646,130.27. That sum was computed by deducting the costs of concentrate production and marketing from the income from concentrates produced. Tax was assessed by the Minister on the basis that the amount of income was not exempt.

The relevant provisions of the Act are as follows:

**83.** (5) Subject to prescribed conditions, there shall not be included in computing the income of a corporation income derived from the operation of a mine during the period of 36 months commencing with the day on which the mine came into production.

(6) In subsection (5),

(*a*) "mine" does not include an oil well, gas well, brine well, sand pit, gravel pit, clay pit, shale pit or stone quarry (other than a deposit of oil shale or bituminous sand), but does include a well for the extraction of material from a sylvite deposit and all such wells, the material produced from which is sent to a single plant for processing, shall be deemed to be one mine; and

(*b*) "production" means production in reasonable commercial quantities.

The trial judge made the following findings:

(1) "In the fiscal year in question the Company's income of $6,646,130.27 was derived from mining operations in its so-called Jersey mine."

(2) "The uncontradicted evidence before me is that the East Jersey ore body was a small vein-type ore body of three and one half million tons with a ratio of two and one half tons of waste to one ton of ore. It was a narrow body and the change from ore to waste was sharp. The Jersey ore body was larger, 1,000 feet in depth and 600—1,000 feet in width. It was a very fractured ore body with numerous faults

ploitation du gisement Jersey. Le Ministre a refusé d'accorder l'exemption. Dans sa déclaration d'impôt de 1967 la Compagnie, dans une annexe intitulée [TRADUCTION] «rajustement d'impôt - février 1967», a réclamé l'exemption d'une somme de $6,646,130.27 en vertu du par. (5) de l'art. 83. Cette somme a été calculée en déduisant les coûts de production et de mise en marché des concentrés du revenu tiré de la production de concentrés. L'impôt a été cotisé par le Ministre à partir du principe que le montant de revenu n'était pas exempt.

Les dispositions pertinentes de la Loi sont les suivantes:

**83.** (5) Sous réserve des conditions prescrites, il ne faut pas inclure, dans le calcul du revenu d'une corporation, le revenu provenant de l'exploitation d'une mine au cours de la période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production.

(6) Dans le paragraphe (5),

*a*) «mine» ne comprend pas un puits de pétrole, un puits de gaz, un puits de mine de sel, une carrière de sable, une gravière, une carrère d'argile, une carrière de schiste ou une carrière de pierres (autre qu'un dépôt de schiste bitumineux ou de sable bitumineux), mais comprend un puits en vue de l'extraction de matières d'un gisement de sylvine et tous semblables puits dont les matières qui en sont extraites sont envoyées à une seule usine pour y subir des transformations sont réputés constituer une seule et même mine; et

*b*) «production» signifie la production en quantités commerciales raisonnables.

Le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes:

(1) «Pendant l'année fiscale en question, la Compagnie a retiré un revenu de $6,646,130.27 de l'exploitation d'une mine, dite mine Jersey.»

(2) «Il est établi, sans qu'on ait cherché à démontrer le contraire, que le gisement de East Jersey est un gisement à filon étroit de quelque trois millions et demi de tonnes avec un rapport de deux tonnes et demie de roches stériles pour une tonne de minerai. C'est un gisement étroit et le passage du minerai aux roches stériles est très rapide. Le gisement Jersey est plus important, avec une profondeur de 1,000 pieds et une

similar to a cracked tea cup, with fine mineralization following the cracks. It was a much lower grade deposit compared to East Jersey.

"Dr. Holland testified the structural control in both ore bodies was in a north-south direction and because Jersey lay to the west of East Jersey, there was, in his words, no structural connection between the two ore bodies. The distance between the two was approximately 1,000 to 1,100 feet."

(3) Open pit mining is the removal of overburden to uncover the ore. Drilling and blasting of the rock takes place and benches are eventually established. The ore and waste are removed by truck on a system of roads.

(4) None of the facilities or works of East Jersey were used in the workings on Jersey, except for a minor portion of a surface road. East Jersey had its own benches, berms, road systems and a power line. Jersey had and has the same things, but not connected with East Jersey. The techniques used for extracting ore in Jersey were different from those used in East Jersey.

(5) When Jersey ore was brought to the expanded mill, problems not encountered with East Jersey ore arose which had to be solved by consultants. The mill had to be expanded to make production from Jersey economically feasible.

(6) It was not feasible to work the two ore bodies as one pit and to do so would be to invite bankruptcy. What happened was in fact the operation of two distinct mines.

largeur de 600 à 1,000 pieds. Il comporte de nombreuses failles, qui le font ressembler à une tasse à thé fêlée; sa minéralisation est accentuée en bordure de ses failles. Sa teneur en minerai est beaucoup plus faible que celle du gisement East Jersey.

«Dans sa déposition, M. Holland, docteur d'Université, a affirmé que la structure géologique contrôlant la minéralisation des deux gisements est orientée nord-sud; le gisement Jersey se trouvant à l'ouest de l'East Jersey, il n'y a, pour reprendre ses propres termes, aucun rapport structurel entre les deux gisements. La distance entre eux est d'environ 1,000 à 1,100 pieds.»

(3) Selon la méthode à ciel ouvert, on enlève les morts-terrain de recouvrement pour dégager le minerai. On procède ensuite au forage, à des tirs d'abattage, pour former ensuite des gradins. Le minerai et les roches stériles sont transportés par des camions qui utilisent un réseau routier.

(4) Les installations ou aménagements du gisement East Jersey n'ont pas été utilisés pour l'exploitation du gisement Jersey, sauf en ce qui concerne une partie minime d'une route de surface. Le gisement East Jersey avait ses propres gradins, ses propres banquettes, son réseau routier et sa ligne de transmission. Le gisement Jersey avait et a toujours les mêmes installations, mais elles ne sont pas reliées à celles de l'East Jersey. Les techniques d'extraction de minerai au gisement Jersey ont été différentes de celles utilisées au gisement East Jersey.

(5) Au moment de traiter à l'usine, une fois celle-ci agrandie, le minerai du gisement Jersey, on a dû faire face à des difficultés qui ne s'étaient pas présentées pour le minerai du gisement East Jersey, et qu'on a pu résoudre avec l'aide d'experts-conseils. L'usine a dû être agrandie pour que l'exploitation du gisement Jersey soit rentable.

(6) Il n'était pas possible d'exploiter les deux gisements au moyen d'un seul puits et par une telle méthode on aurait risqué la ruine de la compagnie. En fait, il y a eu exploitation de deux mines distinctes.

(7) It was not economically feasible to obtain further ore from the East Jersey pit by a pit extension of the south end and a block cave from the Jersey pit.

(8) It was not uncommon for one mill to crush the ore from more than one mine.

(9) While the two ore bodies are relatively close, the evidence is clear that, from an economic view, they had to be worked separately by two individual pits.

On these findings, and after a consideration of the relevant authorities, the learned trial judge concluded that the Company had operated two distinct mines and that it was entitled to the tax benefit provided by s. 83(5) in respect of the Jersey mine.

The Minister's appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed. The Chief Justice, who delivered the judgment of the Court, said:

Certain things are, I think, not in dispute, *viz:*

1. While East Jersey and Jersey are close together, they are not physically connected and the operation of extracting ore from one was physically quite independent of the operation of extracting ore from the other.

2. The operation of extracting ore from either East Jersey or Jersey would, if it had been the sole business of the respondent, have been "the operation of a mine" within the meaning of those words in section 83(5).

The conclusions reached by the Federal Court of Appeal are stated in the following passage from the judgment:

The position that the appellant takes, as I understand counsel, is that "mine" in section 83(5) means an enterprise used to extract ore "and produce copper concentrate". This is, in effect, an integration of two business operations, namely, (a) extraction of ore, and (b) milling of concentrates. In my view, the authorities do not support such a wide ambit for the exemption in section 83(5). In 1958 Cartwright J., as he then was, discussing the predecessor of section 83(5) in *North Bay Mica Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1958] S.C.R. 597 at page 601 said, in effect, that he inclined

(7) Il n'était pas rentable d'extraire d'autre minerai du puits de East Jersey en prolongeant ce puits vers le sud et en utilisant la méthode de foudroyage par blocs à partir du puits de Jersey.

(8) Il n'est pas rare qu'une usine broie le minerai de plusieurs mines.

(9) Bien que les deux gisements soient relativement proches l'un de l'autre, il ressort clairement de la preuve qu'ils devaient être exploités séparément en deux puits distincts pour des raisons d'ordre économique.

Sur la base de ces conclusions et après une étude des précédents pertinents, le savant juge de première instance a conclu que la compagnie avait exploité deux mines distinctes et qu'elle avait droit à l'avantage fiscal du par. (5) de l'art. 83 à l'égard de la mine Jersey.

L'appel du Ministre à la Cour d'appel fédérale a été rejeté. Le Juge en chef, qui a rendu le jugement de la Cour, a déclaré:

Je pense que certains faits ne sont pas contestés, notamment les faits suivants:

1. Bien que les gisements East Jersey et Jersey soient proches l'un et l'autre, il n'y a pas continuité de l'un à l'autre sur le terrain et l'extraction du minerai d'un de ces gisements était une opération tout à fait distincte de l'extraction du minerai de l'autre.

2. L'extraction du minerai du gisement East Jersey ou du gisement Jersey aurait bien constitué «l'exploitation d'une mine» au sens de l'article 83(5), si elle avait constitué l'unique activité de l'intimée.

Les conclusions tirées par la Cour d'appel fédérale sont énoncées dans l'extrait suivant du jugement:

Si j'ai bien compris la position de l'appelant il soutient qu'une «mine» au sens de l'article 83(5) signifie une exploitation utilisée pour extraire du minerai «et produire des concentrés de cuivre». Cette interprétation revient en fait à intégrer deux opérations industrielles, à savoir a) l'extraction du minerai et b) la production de concentrés. J'estime que la jurisprudence ne permet pas de donner une portée aussi large à l'exemption prévue à l'article 83(5). En 1958, le juge Cartwright (alors juge puîné) alors qu'il analysait le prédécesseur de l'article 83(5) dans *North*

to the view that the word "mine" meant "a mining concern taken as a whole, comprising mineral deposits, workings, equipment and machinery, capable of producing ore", and the passage in which he did so was quoted with approval by the Supreme Court of Canada, in a judgment delivered by Pigeon J. in *M.N.R. v. Maclean Mining Co.*, [1970] S.C.R. 877 at pages 882 and 883. Moreover, in the latter case, Pigeon J. said at page 882: "Mining itself is complete by the production and hoisting of the ore . . ." In my view, "operation of a mine" in section 83(5) refers only to the extraction of ore from an ore body and does not include processing of the ore after it had been produced.

*Bay Mica Co. Ltd. c. M.R.N.*, [1958] R.C.S. 597, à la page 601, a déclaré qu'il inclinait à croire que le mot «mine» signifiait «une entreprise minière prise dans son ensemble et comprenant des dépôts de minerai, des galeries, du matériel d'exploitation et des machines aptes à produire du minerai»; ce passage a été repris par la Cour suprême du Canada dans le jugement rendu par le Juge Pigeon dans l'affaire *M.R.N. c. MacLean Mining Co.* [1970] R.C.S. 877, aux pp. 882-83. De plus, dans ce dernier arrêt le Juge Pigeon a déclaré, à la page 882: «L'exploitation minière proprement dite est complète par l'abattage et l'extraction du minerai . . .» J'estime que «l'exploitation d'une mine», au sens de l'article 83(5), vise uniquement l'extraction du minerai d'un gisement et ne comprend pas le traitement du minerai après sa production.

My conclusion is, therefore, that the appellant's submission that the extraction of ore from the Jersey ore body is only part of the operation of a mine consisting of the whole of the extraction and processing activities carried on by the respondent must be rejected.

Je déclare par conséquent mal fondé l'argument de l'appelant suivant lequel L'extraction du minerai du gisement Jersey ne constitue qu'une partie de l'exploitation d'une mine, exploitation qui engloberait l'ensemble des opérations d'extraction et de traitement effectuées par l'intimée.

I am further of opinion that, having regard to the fact that the trial was conducted on the basis that what was in issue was whether that which was superficially a separate mining operation was not an operation of a mine within section 83(5) because "mine" in this context means an enterprise for extracting ore *and* producing concentrates therefrom, the question does not arise on this appeal as to whether, within the ordinary meaning of words, and having due regard to the definition quoted by Cartwright J., the operation of these two open pits was really the operation of only a single "mining concern" and was not, therefore, the operation of two separate "mines". I can conceive of very difficult questions of fact in applying these concepts, particularly where there are varying degrees of physical separation of properties or of separation in the time and mode of operation. In respect of such questions, both parties should be on notice, before trial, of the nature of the issue that has been raised so that they may have an opportunity to prepare their respective cases on the evidence. The trial of this matter was not conducted on any such issue and, in my view, the matter cannot justly be considered from that point of view on this appeal.

J'estime aussi que, compte tenu du fait que le procès en première instance a été mené en prenant pour acquis que la question en litige consistait à savoir si ce qui semblait être une exploitation minière distincte ne constituait pas en réalité l'exploitation d'une mine au sens de l'article 83(5), parce que le mot «mine» dans ce contexte signifie une entreprise d'extraction de minerai *et* de production de concentrés, il n'y a pas lieu de se demander dans cet appel si, d'après le sens ordinaire des mots et compte tenu de la définition citée par le Juge Cartwright, l'exploitation de ces deux découvertes constituait en réalité l'exploitation d'une seule et unique «exploitation minière» et non pas, par conséquent, l'exploitation de deux «mines» distinctes. Je suppose que l'application de ces concepts soulèverait des questions de fait extrêmement difficiles, en particulier lorsque les diverses propriétés minières sont, à des degrés divers, distinctes dans l'espace ou quant à l'époque ou aux procédés de leur exploitation. Pour l'analyse de ces questions, il serait nécessaire que l'on sache, de part et d'autre, dès avant le procès, la nature des questions en litige, ce qui permettrait aux parties de mettre au point leur argumentation sur les preuves versées au dossier. Le procès en première instance n'a pas porté sur cette question et j'estime impossible d'envisager l'affaire sous ce rapport dans cet appel.

The Federal Court of Appeal revised the formal judgment at trial, which had referred the assessment back to the Minister, so as to provide as follows:

The appeal is allowed and the assessment is referred back to the Minister for reassessment on the basis that, by virtue of sub-section (5) of section 83 of the *Income Tax Act*, there is not to be included, in computing the Respondent's income for the taxation year, any part of the Respondent's income that was derived from the extraction of ore from the Jersey ore body during the period of 36 months commencing with the day on which it came into production.

The Company filed a cross-appeal seeking to restore the terms of the judgment at trial, but this was abandoned on the argument before this Court.

The Minister submitted, on the appeal to this Court, that the Federal Court of Appeal had erred in holding that the words "operation of a mine" in s. 83(5) of the Act refer only to the extraction of ore from an ore body and do not include the processing of the ore after it has been produced.

It was also submitted that the operation of the Jersey and East Jersey pits was the operation of a single mining concern and, therefore, the operation of one mine.

As to the first point, I agree with the view expressed by the Federal Court of Appeal, which is in accordance with the opinions expressed in this Court in *North Bay Mica Company Limited v. The Minister of National Revenue*[2], and in *The Minister of National Revenue v. The MacLean Mining Company Limited*[3].

The facts of the former case are accurately summarized in the headnote of the report:

P.M. Co. successfully operated a mica mine from October 1942, but by February 1945 it had almost exhausted the supply of raw mica then known to it. After having a thorough inspection made by geologists, the company decided not to proceed with further investigations and in October 1945 it ceased

[2] [1958] S.C.R. 597.
[3] [1970] S.C.R. 877.

La Cour d'appel fédérale a modifié de la façon suivante le jugement de première instance qui avait renvoyé la cotisation au Ministre:

[TRADUCTION] L'appel est accueilli et la cotisation est renvoyée au Ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation en tenant compte du fait qu'en vertu du par. 5 de l'art. 83 de la Loi de l'impôt sur le revenu, il ne faut pas inclure, dans le calcul du revenu de l'intimée, cette partie de son revenu qui provient de l'extraction du minerai du gisement Jersey au cours de la période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production.

La Compagnie a interjeté un appel incident demandant le rétablissement du dispositif du jugement prononcé en première instance, mais cet appel incident a été abandonné lors des plaidoiries devant cette Cour.

Le Ministre a prétendu, dans l'appel devant cette Cour, que la Cour d'appel fédérale avait commis une erreur en statuant que l'expression «exploitation d'une mine» au par. (5) de l'art. 83 de la Loi vise uniquement l'extraction du minerai d'un gisement et ne comprend pas le traitement du minerai après sa production.

On a aussi prétendu que l'exploitation des puits Jersey et East Jersey était l'exploitation d'une seule exploitation minière et, par conséquent, d'une seule mine.

A l'égard du premier point, je souscris à l'avis exprimé par la Cour d'appel fédérale, lequel concorde avec les opinions exprimées en cette Cour dans l'arrêt *North Bay Mica Company Limited c. Le Ministre du Revenu national*[2], et dans l'arrêt *Le Ministre du Revenu national c. The MacLean Mining Company Limited.*[3]

Les faits du premier de ces arrêts sont très bien résumés dans le sommaire du recueil:

[TRADUCTION] P.M. Co. a exploité avec succès une mine de mica à compter du mois d'octobre 1942, mais en février 1945 elle avait presque complètement épuisé les sources de mica brut qu'elle connaissait alors. Après avoir fait faire un examen approfondi des lieux par des géologues, la compagnie a décidé de

[2] [1958] R.C.S. 597.
[3] [1970] R.C.S. 877.

operations. In 1949 a different geologist made a thorough inspection of the property, as a result of which he and an associate obtained a lease of the mining claims from P.M. Co. He caused appellant company to be incorporated in 1950, and it bought the claims from P.M. Co. and continued operations. It proceeded thereafter to find and develop a new dyke or vein of mica of which P.M. Co. had not known. Ore in reasonable commercial quantities was obtained from this dyke from 1950 onwards.

The majority of the Court held that the appellant was entitled to the tax benefit conferred by s. 74 of the *Income Tax Act*, 1948 (Can.), c. 52 (the predecessor of s. 83(5) of the Act), because the property had lost the character of a mine between its abandonment by P.M. Co. and the commencement of operations by the appellant. What the appellant had acquired was not a mine, but a derelict and abandoned property which it hoped to develop into a mine.

It is in relation to the above factual background that Cartwright J., as he then was, said, at p. 601:

> For the appellant it is contended that the word "mine" as used in cl. (b) of s. 74(1) means not "a portion of the earth containing mineral deposits" but rather "a mining concern taken as a whole, comprising mineral deposits, workings, equipment and machinery, capable of producing ore". Support for this contention is sought in the circumstances that if "mine" has the first of the two suggested meanings, then, (i) the phrase "certified . . . to have been operating on mineral deposits" is inapt as it presupposes an entity capable of carrying on operations; and (ii) the draftsman should have substituted for the clause "that came into production" the clause "that was brought into production". From this the appellant goes on to argue that the "mine" of the appellant is one entirely different from the "mine" of Purdy Mica Mines Limited.
>
> I incline to the view that this contention is sound; but, be that as it may, the facts appear to me to bring the claim of the appellant within the plain words of the section.

ne pas faire plus de recherches, et en octobre 1945 elle a cessé les opérations. En 1949, un autre géologue a procédé à un examen minutieux de la propriété et à la suite de cet examen lui et un associé ont obtenu de P.M. Co. un bail donnant location des claims miniers. Il a fait constituer en corporation la compagnie appelante en 1950 et celle-ci a acheté les claims de P.M. Co. et a continué les opérations. Elle a par la suite réussi à trouver et à aménager un nouveau dyke ou filon de mica dont P.M. Co. avait ignoré l'existence. Du minerai en quantités commerciales raisonnables a été obtenu de ce filon à compter de 1950 et subséquemment.

La majorité de la Cour a décidé que l'appelante avait droit à l'exemption d'impôt conféré par l'art. 74 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1948 (Can.), c. 52 (l'article remplacé par le par. (5) de l'art. 83 de la Loi), parce que la propriété avait perdu son caractère de mine entre son abandon par P.M. Co. et le commencement des travaux par l'appelante. Ce que l'appelante avait acquis n'était pas une mine mais une propriété abandonnée et délaissée qu'elle espérait transformer en une mine.

C'est relativement aux faits précités que le juge Cartwright, alors juge puîné, a dit, à la p. 601:

> [TRADUCTION] Pour l'appelante, on soutient que le mot «mine» à l'alinéa *b*) du par. 1 de l'article 74 ne signifie pas «un terrain renfermant du minerai» mais plutôt «une entreprise minière prise dans son ensemble et comprenant des dépôts de minerai, des galeries, du matériel d'exploitation et des machines aptes à produire du minerai». On appuie cette prétention en l'instance sur le fait que si le mot «mine» a le premier des deux sens proposés, il s'ensuit que: (i) l'expression «d'après le certificat . . . a exploité des dépôts de minerai» est impropre puisqu'elle pré-suppose une entité capable de faire de l'exploitation; et (ii) le rédacteur aurait dû substituer à l'alinéa «qui a commencé de produire» l'alinéa «qui a été amenée à produire». Partant de là, l'appelante soutient que la «mine» de l'appelante diffère complètement de la «mine» de Purdy Mica Mines Limited.
>
> J'incline à croire que cette thèse est juste; mais, quoi qu'il en soit, les faits me paraissent amener la réclamation de l'appelante dans le cadre du sens clair de l'article.

The point which is being made in this passage is that the appellant did not acquire a mine merely because it had acquired a portion of the earth containing mineral deposits. It is also clear that the phrase "capable of producing ore" means that the operation of a mine refers to the extraction of ore from the ore body. It does not include the processing of the ore after production.

In the later case, Pigeon J., who delivered the judgment of the Court, said, at p. 882:

Mining itself is complete by the production and hoisting of the ore and one can well conceive of a single mill serving several mines.

I turn now to consider the second point raised by the Minister. The submission is that the Jersey mine, notwithstanding that it had separate benches, berms, road system and power line, was simply an ore body with attendant workings and not by itself a mine, within the meaning of s. 83(5) of the Act. Reliance is placed on a statement from the reasons of Pigeon J. in the *MacLean* case, at p. 882. I will cite the whole of the passage in which this statement appears, emphasizing that portion on which the Minister relies:

What I find decisive against the view that the MacLean workings are a separate mine is the fact that those workings were developed from the Rothermere workings which were substantially altered for the purpose of developing the MacLean orebody and of exploiting it for producing ore. Some 800 feet of the Rothermere shaft and the whole of the exploratory heading were dug for that sole purpose. Those parts of the Rothermere workings are really integral parts of the MacLean workings without which the latter could not be operated and would not be producing ore.

In order to reach a different conclusion, one would have to interpret the word "mine" in s. 83(5) as meaning "a portion of the earth containing mineral deposits". This is not the usual meaning, the usual expression in that sense being "orebody". *It is well known that mines often, if not generally, include several orebodies. Parliament cannot possibly have intended that a mining concern would get the benefit of the*

Le point qui ressort de ce passage est que l'appelante n'a pas acquis une mine simplement parce qu'elle avait acquis un terrain renfermant du minerai. Il est clair aussi que l'expression «aptes à produire du minerai» signifie que l'exploitation d'une mine vise l'extraction du minerai d'un gisement. Elle ne comprend pas le traitement du minerai après sa production.

Dans le second arrêt, le juge Pigeon, qui a rendu le jugement de la Cour, dit, à la p. 882:

L'exploitation minière proprement dite est complète par l'abattage et l'extraction du minerai et l'on conçoit aisément une usine unique desservant plusieurs mines.

Je dois maintenant examiner le second point qui a été soulevé par le Ministre. On prétend que la mine Jersey, même si elle avait ses propres gradins, ses propres banquettes, son réseau routier et sa ligne de transmission, était simplement un gisement minier pourvu de travaux d'aménagement et non par elle-même une mine, selon le sens du par. (5) de l'art. 83 de la Loi. On se fonde sur un énoncé tiré des motifs de M. le juge Pigeon dans l'affaire *MacLean*, à la p. 882. Je vais citer en entier le passage où cet énoncé apparaît, en mettant en relief la partie sur laquelle se base le Ministre:

Ce que je trouve concluant pour infirmer la conclusion que les travaux d'aménagement MacLean sont une mine distincte, c'est le fait qu'ils ont été pratiqués en partant du puits et des galeries Rothermere, qu'on avait considérablement modifiés afin de mettre le gisement MacLean en valeur et de l'exploiter pour en extraire du minerai. C'est à cette seule fin qu'on a approfondi le puits Rothermere de quelque 800 pieds et qu'on a percé toute la galerie d'exploration. Ces parties-là du puits et des galeries Rothermere font réellement partie intégrante des travaux d'aménagement du gisement MacLean et, sans elles, celui-ci ne pourrait pas être exploité et produire du minerai.

Pour arriver à une conclusion différente, il faudrait interpréter le mot «mine» au par. 5 de l'art. 83 comme signifiant «un terrain renfermant du minerai». Ce n'est pas le sens usuel, car «gisement» est l'expression consacrée. *C'est un fait bien connu que souvent, sinon généralement, une mine comprend plus d'un gisement. Le Parlement n'a pas pu avoir l'intention qu'une entreprise minière bénéficie de l'exemption*

*three-year exemption whenever a new orebody was being mined.* This is an exception and it must be strictly construed.

He then referred to the passage from the reasons of Cartwright J. in the *North Bay Mica* case which has already been quoted.

The facts of the *MacLean* case were as follows:

In 1950, a mining concern, which had been mining at Buchans, Newfoundland, continuously since 1928, discovered a new orebody more than 1,000 feet from the nearest other known orebody. An existing shaft, the Rothermere, was deepened by some 800 feet and an exploratory heading from that shaft was driven some 2,300 feet underground towards the new orebody, now known as the MacLean orebody. A shaft was then sunk for mining it and an underground haulage way was built to carry the ore to another shaft close to the mill. The miners use the Rothermere shaft to reach their working places. Compressed air, sand as well as fresh air come that way. Underground water is carried out the same way. Commercial production was reached in 1963. The Minister considered that the MacLean workings were simply an extension of an old or existing mine into a new orebody and not a new mine within the meaning of s. 83(5) of the *Income Tax Act*.

At p. 880, Pigeon J. said:

In my view, the decisive consideration in favour of the Minister's decision is that the MacLean orebody was not developed as a separate mine. An essential step in the process was the deepening by some 800 feet of the Rothermere shaft and the driving from that shaft of an exploratory heading some 2,300 feet underground towards the MacLean orebody. The substantial expenditure involved in deepening the Rothermere shaft and carrying an exploratory heading over a considerable distance shows that the use of the Rothermere workings was of very substantial importance in that development.

Such use was also going to be of substantial importance in the actual working of the MacLean orebody. It appears that the miners as a rule reach their working places and return to the "dry" that way. Compressed air for operating their drills as well as sand

*de trois ans chaque fois qu'elle met un nouveau gisement en exploitation.* Il s'agit là d'une exception et il faut l'interpréter restrictivement.

Il s'est ensuite reporté au passage des motifs du juge Cartwright dans l'affaire *North Bay Mica,* passage qui a déjà été reproduit.

Les faits dans *MacLean* étaient les suivants:

En 1950, une entreprise qui fait l'exploitation de mines à Buchans (Terre-Neuve) depuis 1928, a fait la découverte d'un nouveau gisement situé à plus de 1,000 pieds du gisement connu le plus rapproché. Un puits existant, le Rothermere, a été approfondi de quelque 800 pieds et on a percé, à 2,300 pieds de profondeur, une galerie d'exploration à partir de ce puits jusqu'au nouveau gisement, qu'on appelle maintenant le MacLean. Un puits a alors été creusé afin d'en permettre l'exploitation et on a construit une galerie de roulage pour acheminer le minerai vers un autre puits à proximité de l'usine. C'est par le puits Rothermere que les mineurs se rendent à leur poste de travail; l'air comprimé, le sable ainsi que l'air pur suivent la même voie; et on évacue par la même voie toute l'eau qui s'infiltre. La production en quantités commerciales a été atteinte en 1963. Le Ministre a considéré que les travaux d'aménagement du gisement MacLean sont un simple prolongement d'une mine existante vers un nouveau gisement, et non une nouvelle mine au sens de l'art. 83(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu.*

A la p. 880, le juge Pigeon a dit:

A mon avis, la considération décisive en faveur de la décision ministérielle c'est que le gisement MacLean n'a pas été aménagé comme une mine distincte. Une étape essentielle du processus a été le creusage du puits Rothermere à 800 pieds de plus en profondeur, et le percement d'une galerie d'exploration, à quelque 2,300 pieds sous terre, allant de ce puits au gisement MacLean. Les frais considérables subis pour le creusage complémentaire du puits Rothermere ainsi que pour le percement d'une galerie d'exploration sur une distance considérable montrent que l'utilisation des travaux du gisement Rothermere revêtait une importance très grande dans cet aménagement-là.

Cette utilisation allait aussi être importante dans l'exploitation du gisement MacLean. Il appert que c'est par là que les mineurs se rendent habituellement à leur poste de travail et reviennent à la surface. L'air comprimé qu'il faut pour actionner leurs foreuses, de

for filling the mined-out stopes also comes that way as well as the fresh air for ventilation, the exhaust only being by the MacLean shaft. Furthermore, all the water that seeps into the MacLean workings is carried out that same way, being pumped first from the bottom to the tunnel that was built as the exploratory heading, flowing by gravity to the Rothermere shaft due to a slight grade that was thoughtfully provided and being finally pumped up the Rothermere shaft.

It may be that the MacLean orebody, being completely distinct from the others and separated from the nearest other, the Rothermere, by a substantial distance of over 1,000 feet, could have been developed and operated as a distinct mine. In my view, it is clear that this is not what happened in fact. This orebody was developed as an integral part of a mining operation including the Rothermere. Not only did its development proceed as an expansion of that underground operation towards the other orebody but it was not designed to be operated otherwise than as a unit with the Rothermere. Some essential facilities without which the MacLean orebody cannot be worked at all are provided by the Rothermere workings, such as ventilation. On this account, with respect, Thurlow J. was in error in saying: "all the elements necessary for a distinct mine appear to me to be present".

It is my opinion that the factors which led to the conclusion reached in the *MacLean* case are not present here. This is not the case of more than one ore body being mined in a single mine. There are in this case concurrent findings of fact that, while East Jersey and Jersey are close together, they are not physically connected and the operation of extracting ore from one was physically quite independent of the extraction operation at the other. The trial judge accepted the evidence that it was not feasible to work the two bodies as one pit, and that what happened was the operation of two distinct mines.

In my opinion there is "a mine" within the meaning of s. 83(5) if there is a body of ore together with the workings, equipment and machinery capable of producing it. The Jersey was not a mine merely because of the existence of a

même que le sable pour combler les gradins épuisés, suivent la même voie, ainsi que l'air pur nécessaire à la ventilation, le puits MacLean servant uniquement à l'évacuation de l'air vicié. Au surplus, on évacue par la même voie toute l'eau qui s'infiltre; d'abord, on la pompe du fonds jusqu'au tunnel qui a été creusé comme galerie d'exploration, puis elle y coule par gravité vers le puits Rothermere, grâce à une légère pente prévue à cette fin, finalement on la pompe vers la surface par le puits Rothermere.

Il se peut que le gisement MacLean, qui est entièrement distinct des autres et séparé du plus rapproché, le Rothermere, par une distance considérable (plus de 1,000 pieds), aurait pu être mis en valeur et exploité comme mine séparée. A mon avis, il est clair que ce n'est pas ce qui s'est produit en fait. Ce gisement-là a été mis en valeur comme partie intégrante d'une exploitation minière qui comprend le Rothermere. Non seulement son aménagement a été fait par extension de cette exploitation souterraine jusqu'à l'autre gisement, mais on ne l'a pas conçue autrement que comme un tout avec le Rothermere. Certaines installations essentielles, comme la ventilation, sans lesquelles il serait impossible d'exploiter le gisement MacLean, sont fournies par le puits et les galeries Rothermere. En toute déférence, le Juge Thurlow a fait erreur lorsqu'il a dit: [TRADUCTION] «je vois tous les éléments essentiels d'une mine distincte».

A mon avis, les facteurs qui ont amené à la conclusion à laquelle on en est arrivé dans l'affaire *MacLean* n'existent pas en l'espèce. Il ne s'agit pas ici de plusieurs gisements de minerai exploités en une seule mine. Il existe en l'espèce des conclusions de fait concordantes que, bien que les gisements East Jersey et Jersey soient près l'un de l'autre, ils ne sont pas reliés physiquement et l'extraction du minerai d'un de ces gisements était tout à fait indépendante physiquement de l'extraction du minerai de l'autre. Le juge de première instance a accepté la preuve qu'exploiter les deux gisements au moyen d'un puits commun n'était pas faisable, et qu'en fait il y avait eu exploitation de deux mines distinctes.

A mon avis il existe «une mine» selon le sens du par. (5) de l'art. 83 s'il existe un gisement de minerai accompagné des travaux d'aménagement, matériel d'exploitation et machinerie aptes à le produire. La mine Jersey n'était pas

body of ore, separate from the East Jersey ore body. It would not have become a separate mine if the Jersey ore had been extracted as a result of the further development of the East Jersey mine. But it became a mine when its separate body of ore commenced to be extracted by means of its separate and distinct extraction facilities.

The fact that it was operated by the same Company which had operated East Jersey does not preclude a claim under s. 83(5) in respect of it. There is nothing in the subsection which precludes more than one claim to exemption being made provided that each claim relates to a separate mine.

The fact that the Company used the same mill for processing the Jersey ore as it had used for the East Jersey ore does not affect the position. As has already been noted, the mining process is completed by the production of the ore. This view is strengthened by the provisions of s. 83(6) defining the word "mine". Specific reference is made to wells for the extraction of material from a sylvite deposit and it is provided that all such wells, the material produced from which is sent to a single plant for processing, are to be "deemed to be one mine". This "deeming" provision is not made applicable to substances other than sylvite and accordingly suggests that, save as to sylvite, a mine does not cease to be a mine because the ore extracted from it is processed in a mill which also processes ore from other mines.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: D. S. Thorson, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Lawrence & Shaw, Vancouver.*

une mine simplement à cause de l'existence d'un gisement de minerai, distinct du gisement East Jersey. Elle ne serait pas devenue une mine distincte si le minerai du gisement Jersey avait été extrait comme conséquence du nouvel aménagement de la mine East Jersey. Mais elle est devenue une mine lorsqu'on a commencé à extraire du minerai de son gisement distinct au moyen de ses installations d'extraction séparées et distinctes.

Le fait qu'elle était exploitée par la même compagnie qui avait exploité le gisement East Jersey n'empêche pas une exemption sous le régime du par. (5) de l'art. 83. Il n'y a rien dans ce paragraphe qui empêche de faire plusieurs réclamations d'exemption, pourvu que chaque réclamation ait trait à une mine différente.

Le fait que la Compagnie a, pour traiter le minerai de Jersey, utilisé la même usine que pour le minerai de East Jersey, ne change pas la situation. Comme il a déjà été noté, l'exploitation minière est complétée par la production du minerai. Ce point de vue est renforcé par les dispositions du par. (6) de l'art. 83 définissant le mot «mine». On y mentionne spécifiquement les puits servant à l'extraction de matières d'un gisement de sylvine et il est prévu que tous semblables puits dont les matières qui en sont extraites sont envoyées à une seule usine pour y subir des transformations sont «réputés constituer une seule et même mine». Ce «réputés» n'est pas fait applicable à des substances autres que la sylvine et suggère donc que, sauf dans le cas de la sylvine, une mine ne cesse pas d'être une mine parce que le minerai qu'on en extrait est transformé dans une usine qui transforme aussi du minerai provenant d'autres mines.

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelant: D. S. Thorson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée: Lawrence & Shaw, Vancouver.*

**Jack Appleby** *Appellant*;

and

**Minister of National Revenue** *Respondent.*

1974: January 30; 1974: October 1.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation—Income tax—Prospector's exemption—Sale of mining shares to public—Campaign by company controlled by one shareholder—Shareholder sold his own shares during the campaign—Whether campaign carried on by shareholder—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 83(3) and (4).*

The appellant is a mining companies promoter. As a result of arrangements made with a prospector to whom he advanced money, he became the owner of claims which he sold to newly incorporated companies, in consideration of the issue of shares some of which were free vendor shares. He also caused to be incorporated as a dealer in securities J. Appleby Securities Ltd., of which he was president and the beneficial owner of all the issued shares.

The securities company obtained the required licence and entered into underwriting agreements with the mining companies. Distribution to the public was made by usual promotion methods and arrangements were effected with broker-dealers W. D. Latimer Company Limited, for supporting the market. When he saw fit, appellant disposed of his free vendor shares. J. Appleby Securities Ltd. had nothing to do with such disposition. Appellant realized substantial profits which were assessed as income. The Minister contended that, because of s. 83(4)(*a*), appellant had lost the right to exemption contained in s. 83(3) of the *Income Tax Act*, as a result of his activities in the campaign by J. Appleby Securities Ltd. to sell shares of the mining Companies to the public. Appellant's appeal was dismissed by both divisions of the Federal Court. Hence the appeal to this Court.

*Held* (Pigeon J. dissenting): The appeal should be dismissed.

**Jack Appleby** *Appelant*;

et

**Le Ministre du Revenu National** *Intimé.*

1974: le 30 janvier; 1974: le 1er octobre.

Présents: Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Revenu—Impôt sur le revenu—Exemption de prospecteur—Vente d'actions minières au public—Campagne de vente par compagnie contrôlée par un actionnaire—Actionnaire vend ses propres actions pendant la campagne—S'agit-il d'une campagne faite par l'actionnaire—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 83(3), (4).*

En vertu d'ententes intervenues avec un prospecteur à qui il avait avancé de l'argent, l'appelant, un promoteur de sociétés minières, est devenu propriétaire de claims miniers qu'il a vendus à des compagnies récemment constituées en corporation, en contre-partie d'actions dont certaines étaient des actions libres. Il a aussi fait constituer à titre de corporation de courtage en valeurs mobilières, J. Appleby Securities Ltd., dont il est le président et véritable propriétaire de toutes les actions émises.

La compagnie de courtage a obtenu le permis nécessaire et conclu des contrats de souscription à forfait avec les compagnies minières. La distribution d'actions au public s'est effectuée selon les méthodes usuelles de promotion et des ententes sont intervenues avec des courtiers spécialisés dans le placement et la spéculation boursière, W. D. Latimer Company Limited, en vue de maintenir la valeur des actions sur le marché. Au moment opportun l'appelant vendit ses actions libres sans que J. Appleby Securities Ltd. n'eut rien à voir dans cette vente. Il réalisa des bénéfices considérables lesquels ont été inclus à titre de revenu dans sa cotisation d'impôt, le Ministre prétendant que l'appelant avait perdu le droit à l'exemption prévue à l'art. 83(3) de la *Loi de l'Impôt sur le revenu*, à cause de l'art. 83(4)*a*), vu ses activités dans la campagne faite par J. Appleby Securities Ltd. en vue de vendre des actions des compagnies minières au public. Les deux divisions de la Cour fédérale ont rejeté l'appel de l'appelant. D'où le pourvoi à cette Cour.

*Arrêt* (le Juge Pigeon étant dissident): L'appel doit être rejeté.

*Per* Martland J.: The application of s. 83(4) to the circumstances of this case does not involve the conclusion that if a limited company carries on a campaign to sell shares, the agents of that company can also be said to have carried on that campaign. That is not the position in this case. A person can be found to have carried on a campaign for the sale of shares if he causes his own company to carry it out on his behalf. He cannot avoid the application of the Act because he uses this means to effect his purpose.

*Per* Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ.: Appellant was personally instrumental in the making of the underwriting agreements that were entered into by the three mining companies. He ordered the writing of the sales literature that the securities company mailed to promote the sale of shares. He telephoned W. D. Latimer Company Limited every day himself in order to set the prices at which the latter was authorized to buy and sell the shares of the three mining companies. Appellant disposed of his shares in the mining companies while carrying on a campaign to sell shares of these companies to the public. The fact that he used a company, completely under his domination, as a participant in his activities did not enable him to escape the exclusion from exemption contained in s. 83(4) (*a*) of the Act.

*Per* Pigeon J., *dissenting*: Although the shares of a limited company may be beneficially owned by the same person who also manages it, its business is nevertheless in law that of a distinct entity, a legal person having its own rights and obligations. Consequently, the company was not a "personal corporation". It follows that the campaign to sell shares of the mining companies to the public was not carried on by the appellant personally.

[*Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Lewis v. Graham* (1888), 20 Q.B.D. 780; *Carpenter v. Carpenter* (1908), 15 O.L.R. 9; *N. T. Whittall v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 413, referred to.]

APPEAL from a judgement of the Federal Court of Appeal[1], affirming a judgement of the trial division dismissing an appeal from an assessment of the Minister. Appeal dismissed,

[1] [1972] F.C. 703.

*Le* juge Martland: L'application de l'art. 83(4) aux circonstances en l'espèce n'implique pas que si une compagnie à responsabilité limitée fait une campagne en vue de vendre des actions, on peut considérer également que les mandataires de la compagnie ont fait cette campagne. Ce n'est pas là la position dans la présente cause. On peut considérer qu'une personne a fait une campagne pour la vente d'actions si elle fait en sorte que sa propre compagnie fasse la campagne pour elle. Elle ne peut éviter l'application de la loi parce qu'elle utilise ce moyen pour atteindre ses fins.

*Les* juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré: L'appelant a personnellement participé à la décision prise par les trois compagnies minières dans la conclusion des contrats de souscription à forfait. Il a donné des directives à l'égard de la rédaction des brochures expédiées par la compagnie de courtage pour la promotion de la vente des actions. C'est lui-même qui chaque jour téléphonait à W. D. Latimer Company Limited pour fixer les prix auxquels celui-ci était autorisé à acheter et à vendre les actions des compagnies minières. L'appelant a disposé de ses actions dans les compagnies minières pendant qu'il faisait une campagne en vue de la vente des actions de ces compagnies au public. Le fait qu'il a utilisé une compagnie, entièrement dominée par lui, afin qu'elle participe à ses activités, ne lui permet pas d'éviter l'exclusion d'exemption prévue à l'art. 83(4)*a*) de la Loi.

*Le* juge Pigeon, *dissident:* Même si les actions d'une compagnie à responsabilité limitée sont en fait la propriété d'une seule personne qui dirige aussi la compagnie, l'entreprise demeure cependant une entité distincte, une personne juridique ayant ses propres droits et obligations. En conséquence la compagnie n'était pas une «corporation personnelle» et il s'ensuit que la campagne en vue de vendre au public les actions des compagnies minières n'a pas été faite par l'appelant personnellement.

[Arrêts mentionnés: *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Lewis v. Graham* (1888), 20 Q.B.D. 780; *Carpenter v. Carpenter* (1908), 15 O.L.R. 9; *N. T. Whittall c. Le Ministre du Revenu National*, [1968] R.C.S. 413.]

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel fédérale[1] confirmant un jugement de la division de première instance rejetant un appel d'une cotisation du Ministre. Appel rejeté, le juge

[1] [1972] C.F. 703.

Pigeon J. dissenting.

*W. B. Williston, Q.C.*, and *Heather Henderson*, for the appellant.

*J. Scollin, Q.C.*, and *C. H. Fryers*, for the respondent.

MARTLAND J.—I agree with the reasons of my brother Judson. I would like to add the following comments.

In my opinion the application of s. 83(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, to the circumstances of this case does not involve the conclusion that if a limited company carries on a campaign to sell shares, within the meaning of that subsection, the agents of that company can also be said to have carried on that campaign. That is not the position in this case.

The appellant was the president of J. Appleby Securities Limited, but, in addition, he was the sole beneficial shareholder of that company, which was completely and exclusively under his control. It is clear from the evidence that it was the appellant who conceived the plan for the sale of the shares of Winston Mines Limited to the public. He used his own company as a vehicle to achieve his purpose. The fact that his company undertook the underwriting and the sale of the shares, at his behest, does not prevent a finding that the appellant carried on a campaign to sell the Winston shares. In my opinion a person can be found to have carried on a campaign for the sale of shares if he causes his own company to carry it out on his behalf. He cannot avoid the application of the subsection to him because he uses this means to effect his purpose.

I would dismiss this appeal with costs.

The judgment of Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. was delivered by

JUDSON J.—The Federal Court has held that the appellant, Jack Appleby, although he derived profits from the sale of certain mining

Pigeon étant dissident.

*W. B. Williston, c.r.* et *Heather Henderson*, pour l'appelant.

*J. Scollin, c.r.* et *C. H. Fryers*, pour l'intimé.

LE JUGE MARTLAND—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Judson. J'aimerais ajouter les commentaires suivants.

A mon avis l'application du par. (4) de l'art. 83 de la *Loi de l'Impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, aux circonstances en l'espèce n'implique pas de conclusion suivant laquelle si une compagnie à responsabilité limitée fait une campagne en vue de vendre des actions, selon le sens de ce paragraphe, on peut considérer également que les mandataires de la compagnie ont fait cette campagne. Ce n'est pas là la position dans la présente cause.

L'appelant était président de J. Appleby Securities Limited, mais, en plus, il était le seul véritable actionnaire de cette compagnie qui était complètement et exclusivement contrôlée par lui. La preuve démontre clairement que c'est l'appelant qui a conçu le plan pour la vente au public d'actions de Winston Mines Limited. Il s'est servi de sa propre compagnie comme d'un intermédiaire pour parvenir à ses fins. Le fait que sa compagnie a entrepris, sur son ordre, la souscription à forfait et la vente des actions n'empêchera pas d'en arriver à une conclusion qu'il a mené une campagne pour vendre les actions de Winston. A mon avis, on peut considérer qu'une personne a fait une campagne pour la vente d'actions si elle fait en sorte que sa propre compagnie fasse la campagne pour elle. Elle ne peut pas éviter l'application du paragraphe parce qu'elle utilise ce moyen pour atteindre ses fins.

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Le jugement des juges Judson, Ritchie et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE JUDSON—La Cour fédérale a décidé que l'appelant Jack Appleby, même s'il a réalisé des bénéfices de la vente de certaines actions

shares which were within the exempting provisions of s. 83(3) of the *Income Tax Act*, had lost this exemption by s. 83(4)(*a*) as a result of his activities in a campaign to sell the shares of the corporation to the public.

Sections 83(3) and 83(4)(*a*) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, read as follows:

**83.** (3) An amount that would otherwise be included in computing the income for a taxation year of a person who has, either under an arrangement with the prospector made before the prospecting, exploration or development work or as employer of the prospector, advanced money for, or paid part or all of, the expenses of prospecting or exploring for minerals or of developing a property for minerals, shall not be included in computing his income for the year if it is the consideration for

(*a*) an interest in a mining property acquired under the arrangement under which he made the advance or paid the expenses, or, if the prospector was his employee, acquired by him through the employee's efforts, or

(*b*) shares of the capital stock of a corporation received by him in consideration for property described in paragraph (*a*) that he has disposed of to the corporation,

unless it is an amount received by him in the year as or on account of a rent, royalty or similar payment.

NON-APPLICATION

(4) Paragraph (*b*) of subsection (2) and paragraph (*b*) of subsection 3 do not apply:

(*a*) in the case of a person who disposes of the shares while or after carrying on a campaign to sell shares of the corporation to the public, or . . . .

I now set out in chronological order what Appleby's activities were:

In September of 1954, he incorporated J. Appleby Securities Limited to carry on business as a general financial agent, broker, stockbroker and promoter. He was the president and sole beneficial shareholder of this company, which

minières visées par les dispositions d'exemption du par. (3) de l'art. 83 de la *Loi de l'Impôt sur le revenu*, a perdu le droit à cette exemption à cause de l'al. *a*) du par. (4) de l'art. 83, vu ses activités dans une campagne faite en vue de vendre les actions de la compagnie au public.

Le par. (3) de l'art. 83 et l'al. *a*) du par. (4) de l'art. 83 de la *Loi de l'Impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148 se lisent comme suit:

**83.** (3) Un montant qui autrement entrerait dans le calcul du revenu pour une année d'imposition d'une personne ayant, soit en vertu d'une entente avec le prospecteur intervenue avant les travaux de prospection, d'exploration ou de développement, soit comme employeur du prospecteur, avancé de l'argent pour subvenir aux frais de prospection ou d'exploration pour trouver des minéraux, ou aux frais de développement d'une propriété en vue de trouver des minéraux, ou ayant payé une partie ou la totalité desdits frais ne doit pas être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année s'il représente la contre-partie

*a*) d'un intérêt dans une propriété minière acquis d'après l'entente par laquelle elle a effectué l'avance ou payé les frais, ou, si le prospecteur était son employé, qu'elle a acquis par les efforts de l'employé, ou

*b*) d'actions du capital social d'une corporation qu'elle a reçues en rémunération de la propriété décrite à l'alinéa *a*), dont elle a disposé en faveur de la corporation,

à moins que ce ne soit un montant qu'elle a reçu dans l'année à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci.

EXCEPTIONS

(4) L'alinéa *b*) du paragraphe (2) et l'alinéa *b*) du paragraphe (3) ne s'appliquent pas:

*a*) Dans le cas d'une personne qui dispose des actions pendant qu'elle fait ou après avoir fait une campagne en vue de la vente des actions de la corporation au public, ou . . . .

Je vais maintenant relater par ordre chronologique les activités de Appleby.

En septembre 1954, il constitua en corporation J. Appleby Securities Limited, dont l'objet était de faire affaires comme agent financier général, courtier, courtier en valeurs et promoteur. Il était le président et le seul propriétaire

was completely and exclusively under his control. It began business on January 13, 1965.

On February 3, 1965, Appleby caused to be incorporated a company called Winston Mines Limited. On February 5, 1965, he made an arrangement with a prospector for the staking of mining claims in a certain area. On February 22, 1965, he sold the mining claims that he had acquired under this arrangement to Winston Mines Limited for 75,000 free shares and 675,000 escrowed shares of that company. On the same day, February 22, Winston Mines Limited entered into an underwriting option agreement with J. Appleby Securities Limited. A prospectus was signed on February 24, 1965, by Appleby as promoter of the mining company and as president of J. Appleby Securities Limited, the underwriter. Appleby's personal position was fully disclosed in the prospectus. Paragraphs 20 and 21 of the prospectus read as follows:

20. Jack Appleby, by reason of the beneficial ownership of securities of the company as set out in paragraph 12 hereof, is in a position to elect or cause to be elected a majority of the directors of the Company.

21. 75,000 free vendor shares owned by Jack Appleby, aforesaid, may be offered for sale under this prospectus but the proceeds therefrom will not accrue to the treasury of the Company.

The activities of Appleby and Appleby Securities Limited in the promotion of the sale of the shares of Winston Mines Limited are described in the following terms in the reasons for judgment given at trial:

As soon as the approval of the Ontario Securities Commission had been given, J. Appleby Securities Limited started to take up the shares of the mining company and engaged in a campaign for the sale of the shares of that company. This campaign consisted mainly in the sending by J. Appleby Securities Limited to its actual or prospective clients of the prospectus of Winston Mines Limited and of literature recommending the purchase of this stock. In addition, as a part of its campaign, J. Appleby Securities

véritable des actions de cette compagnie, qui était complètement et exclusivement contrôlée par lui. La compagnie commença ses opérations le 13 janvier 1965.

Le 3 février 1965, Appleby constitua une corporation, appelée Winston Mines Limited. Le 5 février 1965, il conclut une entente avec un prospecteur pour le jalonnement de *claims* miniers sur une certaine étendue de terrain. Le 22 février 1965, il vendit les *claims* miniers acquis en vertu de cette entente à Winston Mines Limited, moyennant 75,000 actions libres et 675,000 actions entiercées de cette compagnie. Le même jour, le 22 février, Winston Mines Limited accordait une option de souscription à forfait à J. Appleby Securities Limited. Un prospectus a été signé le 24 février 1965 par Appleby à titre de promoteur de la compagnie minière et de président de J. Appleby Securities Limited, le souscripteur. La situation personnelle de Appleby est décrite pleinement dans le prospectus. Les paragraphes 20 et 21 de celui-ci se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 20. Parce qu'il est propriétaire de fait de valeurs de la compagnie, comme il est dit au paragraphe 12 des présentes, Jack Appleby est en mesure d'élire ou de faire élire la majorité des administrateurs de la compagnie.

21. 75,000 actions libres, appartenant audit Jack Appleby, peuvent être offertes à la vente en vertu du présent prospectus, mais le produit de la vente en question ne sera pas acquis à la trésorerie de la compagnie.

Les activités de Appleby et de Appleby Securities Limited dans la promotion de la vente des actions de Winston Mines Limited sont décrites dans les termes suivants dans le jugement de première instance:

Dès que l'autorisation de l'Ontario Securities Commission eut été donnée, J. Appleby Securities Limited commença à souscrire les actions de la compagnie minière et se lança dans une campagne en vue de la vente des actions de la compagnie en question. Cette campagne consistait surtout dans l'envoi par J. Appleby Securities Limited à ses clients actuels ou éventuels du prospectus de Winston Mines Limited et d'une documentation recommandant l'achat de ce titre. De plus, dans le cadre de cette campagne, J.

deemed it necessary to "support the market" of the shares of Winston Mines Limited; in order to achieve this Appleby Securities Limited entered into an agreement with another broker, W. D. Latimer and Company Ltd. Under this agreement the precise nature of which need not be determined, W.D. Latimer and Company Ltd. was to purchase, at prices set from day to day by J. Appleby Securities Limited, all the shares of Winston Mines Limited that would be offered to it; it was also to sell, at prices also to be fixed by J. Appleby Securities, as many of the shares so acquired as it could; finally, it was agreed that all the shares that W. D. Latimer and Company Ltd. would have acquired and that would remain unsold would be paid for by J. Appleby Securities Limited.

This campaign was being carried on when the appellant decided to sell his 75,000 free shares of Winston Mines Limited. He did not sell them (at least directly) to J. Appleby Securities though, but rather through other brokers who, knowing of the arrangement that had been made with W. D. Latimer and Company Ltd., sold them (with the exception of a few shares) to the latter. As W. D. Latimer and Company Ltd. could not dispose of these shares, they (or at least most of them) were acquired and paid for by J. Appleby Securities Limited at a time when this company could have gotten shares of Winston Mines Limited at a much cheaper price under the underwriting agreement. Having thus rid himself of his free shares, the appellant later disposed privately of his "escrowed" shares of Winston Mines Limited.

Appleby repeated this performance with the shares of two other mining companies which he had caused to be incorporated. These were Boeing Mines Limited and Marlboro Mines Limited. The trial judge also found that Appleby was personally instrumental in the making of the underwriting agreements that were entered into by the three mining companies; that if he did not personally write the sales literature that the securities company mailed to promote the sale of shares, he ordered the writing of this material and saw to it that none of it was sent out without his having read and approved of it. Finally, it was Appleby himself who every day telephoned W. D. Latimer Company Limited in order to set the prices at which the latter was authorized to buy and sell the shares of the

Appleby Securities a jugé nécessaire de «maintenir la valeur» des actions de Winston Mines Limited; dans ce but, Appleby Securities Limited conclut une entente avec un autre courtier, W. D. Latimer Company Limited. En vertu de cette entente, dont la nature précise n'a pas besoin d'être établie, W. D. Latimer Company Limited devait acheter, à des prix fixés au jour le jour par J. Appleby Securities Limited, toutes les actions de Winston Mines Limited qui lui seraient offertes; elle devait aussi vendre, à des prix qui devaient eux aussi être fixés par J. Appleby Securities, le plus grand nombre possible des actions qu'elle avait ainsi acquises; enfin, il fut convenu que toutes les actions que W. D. Latimer Company Limited aurait acquises et qu'elle serait incapable de revendre lui seraient remboursées par J. Appleby Securities Limited.

Cette campagne était en cours lorsque l'appelant décida de vendre ses 75,000 actions «libres» de Winston Mines Limited. Il ne les vendit pas (du moins pas directement) à J. Appleby Securities, mais il en disposa par l'intermédiaire d'autres courtiers qui, connaissant l'entente conclue avec W. D. Latimer Company Limited, les vendirent (à l'exception de quelques actions) à cette dernière. Comme W. D. Latimer Limited ne put disposer de ces actions, elles (ou du moins la plupart d'entre elles) furent acquises par J. Appleby Securities Limited, à un moment où cette dernière compagnie aurait pu obtenir des actions de Winston Mines Limited à un prix bien inférieur, aux termes du contrat de souscription. S'étant ainsi débarrassé de ses actions «libres», l'appelant disposa ensuite de gré à gré de ses actions «entiercées» de Winston Mines Limited.

Appleby a agi de la même façon pour vendre les actions des deux autres compagnies minières qu'il avait fait constituer en corporations, soit Boeing Mines Limited et Marlboro Mines Limited. Le juge de première instance a également conclu que Appleby avait personnellement participé à la décision prise par les trois compagnies minières de conclure les contrats de souscription à forfait dont il s'agit en l'espèce; que s'il n'avait pas personnellement rédigé les brochures expédiées par courrier par la compagnie de courtage dans le but de promouvoir la vente des actions, il avait donné des directives à l'égard de leur rédaction et avait vu à ce que rien ne soit expédié sans que lui-même ne l'ait lu et approuvé. Enfin, c'est Appleby lui-même qui chaque jour téléphonait à W. D. Latimer Com-

three mining companies. The appellant's factum filed in this Court states the position of Latimer in these terms: "Latimer was in the terms of the trade 'running the box' for J. Appleby Securities Limited." It is obvious to me that it was running the box on the sole instructions of Appleby, who at the same time had his own shares to dispose of.

On these facts, both divisions of the Federal Court have found that Appleby disposed of his own shares in the Winston, Boeing and Marlboro mining companies while carrying on a campaign to sell shares of these companies to the public. They were also of the opinion that the fact that he used a company, completely under his domination, as a participant in his activities did not enable him to escape the exclusion from exemption contained in s. 83(4)(*a*) of the *Income Tax Act*, above quoted. With these conclusions I agree.

I would dismiss the appeal with costs.

PIGEON J. (*dissenting*)—The appellant is a mining companies promoter. As a result of arrangements made with a prospector to whom he advanced money, he became the owner of claims which he sold to newly incorporated companies, in consideration of the issue of shares some of which were free vendor shares. He also caused to be incorporated as a dealer in securities J. Appleby Securities Ltd., of which he was president and controlling shareholder being, in fact, the beneficial owner of all the issued shares.

The securities company obtained the required licence and entered into underwriting agreements with the mining companies. Distribution to the public was made by usual promotion methods and arrangements were effected with broker-dealers for supporting the market. When he saw fit, the appellant disposed of his free vendor shares. J. Appleby Securities Ltd. had

pany Limited dans le but de fixer les prix auxquels celle-ci était autorisée à acheter et à vendre les actions des trois compagnies minières. Le factum de l'appelant déposé en cette Cour énonce la position de Latimer en ces termes: [TRADUCTION] «Comme on dit dans le métier, Latimer «gérait le coffret» pour le compte de J. Appleby Securities Limited.» Il m'apparaît évident que Latimer gérait le coffret sur les seules instructions de Appleby, qui en même temps avait ses propres actions à écouler.

Devant ces faits, les deux divisions de la Cour fédérale ont jugé que Appleby avait disposé de ses actions dans les compagnies minières Winston, Boeing et Marlboro pendant qu'il faisait une campagne en vue de la vente des actions de ces compagnies au public. Elles ont aussi été d'avis que le fait qu'il a utilisé une compagnie, entièrement dominée par lui, afin qu'elle participe à ses activités, ne lui permet pas d'éviter l'exclusion d'exemption prévue à l'al. *a*) du par. (4) de l'art. 83 de la *Loi de l'Impôt sur le revenu*, déjà cité. Je souscris à ces conclusions.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

LE JUGE PIGEON (*dissident*)—L'appelant est un promoteur de sociétés minières. En vertu d'ententes intervenues avec un prospecteur à qui il a avancé de l'argent, il est devenu propriétaire de *claims* miniers qu'il a vendus à des compagnies récemment constituées en corporation, en contrepartie d'actions dont certaines étaient des actions libres. Il a aussi fait constituer, à titre de corporation de courtage en valeurs mobilières, J. Appleby Securities Ltd., dont il est le président et actionnaire majoritaire étant, en fait, le véritable propriétaire de toutes les actions émises.

La compagnie de courtage a obtenu le permis nécessaire et a conclu des contrats de souscription à forfait avec les compagnies minières. La distribution d'actions au public s'est effectuée selon les méthodes usuelles de promotion et des ententes sont intervenues avec des courtiers spécialisés dans le placement et la spéculation boursière, en vue de maintenir la valeur des

nothing to do with such disposition. Substantial profits were thus realized by the appellant and these were assessed as income. It is conceded that these profits are income unless appellant is entitled to exemption by virtue of s. 83(3) of the *Income Tax Act* (R.S.C. 1952, c. 148 as amended), which was in force at the material time and is as follows:

Sec. 83(3)

(3) An amount that would otherwise be included in computing the income for a taxation year of a person who has, either under an arrangement with the prospector made before the prospecting, exploration or development work or as employer of the prospector, advanced money for, or paid part or all of, the expenses of prospecting or exploring for minerals or of developing a property for minerals, shall not be included in computing his income for the year if it is the consideration for

(*a*) an interest in a mining property acquired under the arrangement under which he made the advance or paid the expenses, or, if the prospector was his employee, acquired by him through the employee's efforts, or

(*b*) shares of the capital stock of a corporation received by him in consideration for property described in paragraph (*a*) that he has disposed of to the corporation,

unless it is an amount received by him in the year as or on account of a rent, royalty or similar payment.

At the hearing of this appeal, counsel for the Minister stated that it was no longer contended that appellant did not come within the provisions above quoted. However, it was submitted that he is excluded from this benefit by virtue of para. (*a*) of subs.(4) which is as follows:

(4) Paragraph (*b*) of subsection (2) and paragraph (*b*) of subsection (3) do not apply:

(*a*) in the case of a person who disposed of the shares while or after carrying on a campaign to sell shares of the corporation to the public, or

actions sur le marché. Lorsqu'il considéra le moment opportun, l'appelant vendit ses actions libres. J. Appleby Securities Ltd. n'eut rien à voir dans cette vente. Des bénéfices considérables ont ainsi été réalisés par l'appelant, et ils ont été inclus à titre de revenu dans sa cotisation d'impôt. Il est admis qu'il faut considérer ces bénéfices comme un revenu sauf si l'appelant peut se prévaloir de l'exemption prévue à l'art. 83(3) de la *Loi de l'Impôt sur le revenu* (S.R.C. 1952, c. 148 modifié), qui était alors en vigueur et se lisait comme suit:

Art. 83(3)

(3) Un montant qui autrement entrerait dans le calcul du revenu pour une année d'imposition d'une personne ayant, soit en vertu d'une entente avec le prospecteur intervenue avant les travaux de prospection, d'exploration ou de développement, soit comme employeur du prospecteur, avancé de l'argent pour subvenir aux frais de prospection ou d'exploration pour trouver des minéraux, ou aux frais de développement d'une propriété en vue de trouver des minéraux, ou ayant payé une partie ou la totalité desdits frais, ne doit pas être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année s'il représente la contrepartie

*a*) d'un intérêt dans une propriété minière acquis d'après l'entente par laquelle elle a effectué l'avance ou payé les frais, ou, si le prospecteur était son employé, qu'elle a acquis par les efforts de l'employé, ou

*b*) d'actions du capital social d'une corporation qu'elle a reçues en considération de la propriété décrite à l'alinéa *a*), dont elle a disposé en faveur de la corporation,

à moins que ce ne soit un montant qu'elle a reçu dans l'année à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci.

A l'audition du pourvoi, l'avocat du Ministre a déclaré qu'il ne prétendait plus que l'appelant n'était pas visé par les dispositions citées ci-dessus. Cependant, il a fait valoir qu'il était privé de cette exemption en vertu de l'al. *a*) du par. (4) qui se lit comme suit:

(4) L'alinéa *b*) du paragraphe (2) et l'alinéa *b*) du paragraphe (3) ne s'appliquent pas:

*a*) Dans le cas d'une personne qui dispose des actions pendant qu'elle fait ou après avoir fait une campagne en vue de la vente des actions de la corporation au public, ou

(*b*) to shares acquired by the exercise of an option to purchase shares received as consideration for property described in paragraph (*a*) of subsection (2) or paragraph (*a*) of subsection (3).

Thus, the only question on this appeal is in effect the following: Was the campaign to sell shares of the mining companies to the public admittedly carried on by J. Appleby Securities Ltd., a campaign "carried on" by the appellant within the meaning of the above quoted provision?

For the appellant, it is submitted that the securities company is a separate person in law, that it was at all material times carrying on its own business and was dealt with for income tax purposes as a separate taxpayer. It is contended that under such circumstances, the activities of the appellant as president of his securities company are to be considered as acts performed exclusively in connection with the selling of shares to the public for the account of that company. Therefore, it is asserted that while appellant did as president direct the campaign carried on to sell the mining companies shares, this does not mean that the campaign was "carried on" by him personally any more than a contract signed by him on behalf of his securities company would bind him personally or yield profits for which he would be personally assessable.

Ever since *Salomon v. Salomon & Co.*[2], it has been accepted that although the shares of a limited company may be beneficially owned by the same person who also manages it, its business is nevertheless in law that of a distinct entity, a legal person having its own rights and obligations. The *Income Tax Act* unmistakably implies that this rule holds good for tax purposes. There is a restrictive definition of "personal corporation" (s. 68), so that it is only when this definition applies that s. 67 comes into operation and the income of a corporation

[2] [1897] A.C. 22.

*b*) aux actions acquises par l'exercice d'une option pour acheter des actions reçues à titre de cause ou considération pour des biens décrits à l'alinéa *a*) du paragraphe (2) ou l'alinéa *a*) du paragraphe (3).

Ainsi la seule question devant nous est en somme la suivante: est-ce que la campagne en vue de vendre au public des actions des compagnies minières, qu'on reconnaît avoir été faite par J. Appleby Securities Ltd., est une campagne «faite» par l'appelant selon le sens de la disposition ci-dessus?

On soutient, au nom de l'appelant, que la compagnie de courtage a une personnalité juridique distincte, qu'à toutes les époques pertinentes elle a mené ses propres affaires et a été traitée comme contribuable distinct pour les fins de l'impôt sur le revenu. On prétend qu'en de telles circonstances, les activités de l'appelant à titre de président de sa compagnie de courtage doivent être considérées comme des actes qui concernent exclusivement la vente d'actions au public pour le compte de la compagnie. C'est pourquoi on allègue que bien que l'appelant, à titre de président, ait dirigé la campagne faite pour la vente des actions des sociétés minières, cela ne signifie pas qu'il a personnellement «fait» la campagne, pas plus qu'un contrat signé au nom de sa compagnie de courtage ne peut le lier personnellement ou produire des bénéfices pour lesquels il serait personnellement imposable.

Il a toujours été reconnu, depuis l'arrêt *Salomon v. Salomon & Co.*[2], que même si les actions d'une compagnie à responsabilité limitée sont en fait la propriété d'une seule personne qui dirige aussi la compagnie, l'entreprise demeure cependant une entité distincte, une personne juridique ayant ses propres droits et obligations. La *Loi de l'Impôt sur le revenu* implique sans équivoque que cette règle n'est pas moins valable en matière d'impôt. Il s'y trouve une définition restrictive de «corporation personnelle» (art. 68), de sorte que c'est seule-

[2] [1897] A.C. 22.

is "deemed each year to have been distributed to and received by" its shareholders. Those provisions show that the practical consequences of the incorporation of what is sometimes called a "one-man company" have not been overlooked in our income tax legislation. The circumstances under which such a company is to be identified with its shareholder for tax purposes are spelled out.

In the instant case, it is clear that J. Appleby Securities Ltd. was not a "personal corporation". Therefore it could not, for income tax purposes, be considered as not being a separate person, which is of course, essentially the practical result of a company being a "personal corporation", its income being then deemed to be distributed to the shareholders is taxed as their own. Here, however, although the appellant owned all the shares of the securities company, the latter was not a "personal corporation" because the definition covers only a corporation that, in the taxation year, besides other requirements,

(*c*) did not carry on an active financial, commercial or industrial business.

Thus, whenever a company is carrying on an active business, the concept of "personal corporation" is inapplicable so that the identification of the company with its shareholders for some tax purposes cannot apply. This shows that the incorporation of a "one-man company" for carrying on a business is looked upon as a legitimate operation, not as in itself a tax avoidance device.

It seems to me therefore, that the enquiry in this case must be for what reason should the appellant be identified for income tax purposes with the sales campaign carried on by J. Apple-

ment lorsque cette définition s'applique que l'art. 67 prend effet et que le revenu de la corporation est «censé avoir été distribué aux actionnaires et reçu par ceux-ci». Ces dispositions montrent que les conséquences pratiques de la constitution de ce qu'on pourrait appeler une corporation commerciale unipersonnelle n'ont pas été méconnues dans nos lois fiscales. Les circonstances dans lesquelles une telle compagnie s'identifie à ses actionnaires pour fins d'impôt sont énoncées spécifiquement.

En l'espèce, il est évident que J. Appleby Securities Ltd. n'était pas une «corporation personnelle». C'est pourquoi elle ne saurait pour fins d'impôt être considérée comme privée d'entité distincte, privation qui bien entendu est essentiellement le résultat pratique qui intervient lorsqu'une compagnie est une «corporation personnelle», son revenu, étant réputé avoir été distribué aux actionnaires, est imposé en tant que revenu de ces derniers. Ici, cependant, bien que l'appelant fût propriétaire de toutes les actions de la compagnie de courtage, celle-ci n'était pas une «corporation personnelle» parce que la définition comprend seulement une corporation qui, durant l'année d'imposition, outre d'autres exigences,

*c*) n'exploitait pas activement une entreprise financière, commerciale ou industrielle.

Ainsi, lorsqu'une compagnie exploite activement une entreprise, le concept de «corporation personnelle» ne s'applique pas et l'identification de la compagnie avec ses actionnaires pour les fins d'impôt ne peut donc trouver d'application. Ceci montre que la création d'une corporation unipersonnelle pour exploiter une entreprise est considérée comme une chose légitime et non pas comme étant foncièrement un moyen d'éviter le fisc.

Par conséquent, il me semble qu'en l'espèce on doive chercher pour quelle raison l'appelant devrait être considéré pour fins d'impôt comme responsable de la campagne de vente menée par

by Securities Ltd. In *Lewis v. Graham*[3], Lord Coleridge C.J. said (at p. 782):

the words "carry on business" must mean carry on his business.

The question was as to the jurisdiction of the Lord Mayor's Court in London under a statute reading "provided the defendant or one of the defendants shall dwell or carry on business within the city of London . . .". The defendant was employed in the city as a clerk and it was held that he could not be said to be carrying on business within the city.

In *Carpenter v. Carpenter*[4], Chancellor Boyd said (at p. 11):

As to cases, I would just refer to *Ex p. Smith*(1874), 2 Pugs. (15 N.B.R.) 147, where it is laid down by Ritchie, C.J., that to carry on business implies that he who does so is the owner of the business and receiving its proceeds, and excludes one who is only an agent or manager; . . .

I can see no reason why "carrying on a campaign" should be construed otherwise than "carrying on business". Subsection 4(*a*) clearly applies only to a person who carries on a campaign himself. The words of the enactment are: "in the case of a person who disposed of the shares while or after carrying on a campaign . . .". Therefore, the question becomes: does this provision apply to a person who carries on a campaign as agent for a company? For the reasons previously indicated, it does not seem to me that it can make any difference whether such company is the taxpayer's own company. For income tax purposes as for other legal purposes, it must be accepted that the incorporation results in the creation of a distinct person and, as a general rule, this distinct person cannot be identified with the shareholder or president or manager.

[3] (1888), 20 Q.B.D. 780.
[4] (1908), 15 O.L.R. 9.

J. Appleby Securities Ltd. Dans l'arrêt *Lewis v. Graham*[3], le juge en chef Lord Coleridge disait (à la p. 782):

[TRADUCTION] les mots «exploiter une entreprise» doivent signifier exploiter son entreprise.

Il était question de la compétence du tribunal du maire de Londres en vertu d'une loi qui disait: [TRADUCTION] «à condition que le défendeur ou l'un des défendeurs demeure ou exploite une entreprise dans les limites de la ville de Londres . . .». Le défendeur était employé dans la ville à titre de commis et on a statué qu'il ne pouvait pas être considéré comme y exploitant une entreprise.

Dans l'arrêt *Carpenter v. Carpenter*[4], le chancelier Boyd déclarait (à la p. 11):

[TRADUCTION] Quant aux arrêts, je mentionnerai seulement *Ex p. Smith* (1874), 2 Pugs. (15 N.B.R.) 147, où M. le Juge en chef Ritchie a statué que les mots exploiter une entreprise impliquent que l'exploitant en est le propriétaire et en perçoit les bénéfices, et ne visent pas celui qui n'est qu'un mandataire ou un gérant; . . .

Je ne vois pas pourquoi «faire une campagne» devrait être interprété autrement que «exploiter une entreprise». L'al. *a*) du par. (4) s'applique de toute évidence seulement à une personne qui fait elle-même une campagne. Le texte dit bien: «dans le cas d'une personne qui dispose des actions pendant qu'elle fait ou après avoir fait une campagne . . .». Par conséquent, la question à résoudre devient la suivante: la disposition s'applique-t-elle à une personne qui fait une campagne à titre de mandataire d'une compagnie? Pour les motifs mentionnés plus haut, il ne me semble pas que le fait que cette compagnie soit la propre compagnie du contribuable puisse faire une différence. En matière d'impôt sur le revenu comme ailleurs, on doit accepter que la constitution en corporation crée juridiquement une personne distincte, qui, règle générale, ne peut pas être identifiée avec l'actionnaire ou le président ou le gérant de la compagnie.

[3] (1888), 20 Q.B.D. 780.
[4] (1908), 15 O.L.R. 9.

In the Court of Appeal, Thurlow J. said:

In our view a distinction must be made between cases where one person contracts or carries on business on behalf of another and certain other cases. Where the question is one of which party is liable on the contract made by the agent it is not difficult to conclude that the principal is party to the contract and the agent is not. Similarly where the agent carries on business on behalf of a principal it is the principal who carries on the business and is party to its acts and the agent is not personally a contracting party. Where, however, an employee does an act for his employer, such as, for example, driving his car, the employee is the doer even though in the eyes of the law for some purposes his driving is also the act of his employer. So, in our view, if, as in the present case, an officer or employee in the course of his duties carries on a campaign to sell shares he is, in fact, personally carrying on that campaign even though he is doing it as part of the business activities of his employer. This distinction is the basis for our conclusion that the appellant falls within the terms of section 83(4) even though he is not taxable under section 3 of the *Income Tax Act* in respect of the profits from the business that he carries on on behalf of his employer.

With respect, I do not find this reasoning consonant with the principles of the law of agency. It is quite true that, materially, the agent is always the doer of the act. However, the question whether the act is to be considered as the principal's or the agent's does not depend on how one chooses to look at it, but on whether one is looking at it as a business operation or as a physical act. It is abundantly clear that when the act is to be considered from the business angle it is in law the principal's act, not the agent's. When the appellant was selling shares to the public in his company's name or having advertisements published for his company's account, he certainly was not binding himself personally and he could not have personally claimed the benefit of the operation. As long as he was acting legally, and it is not suggested he

En Cour d'appel, M. le juge Thurlow a dit:

Selon nous, il y a lieu de distinguer entre les cas où une personne contracte ou fait affaires pour le compte d'une autre personne et certains autres cas. Lorsque la question est de savoir laquelle des parties est liée par les dispositions du contrat fait par le mandataire, il n'est pas difficile de conclure que le principal est partie au contrat et que le mandataire ne l'est pas. De même, lorsque le mandataire fait affaires pour le compte d'un principal, c'est le principal qui fait ces opérations et qui y est partie, et le mandataire n'est pas une partie contractante en sa qualité personnelle. Toutefois, lorsqu'un employé exécute un acte pour son employeur, comme par exemple lorsqu'il conduit la voiture de ce dernier, l'employé est l'auteur de l'acte même si, aux yeux de la loi et à certaines fins, le fait de conduire la voiture est aussi l'acte de l'empoyeur. C'est pourquoi, selon nous, lorsque, comme c'est le cas ici, un dirigeant ou un employé mène une campagne en vue de la vente d'actions dans le cadre de ses fonctions, il mène effectivement cette campagne en sa qualité personnelle même s'il le fait dans le cadre de l'activité commerciale de son employeur. Cette distinction fonde notre conclusion selon laquelle l'appelant tombe sous le coup des dispositions de l'article 83(4), même s'il n'est pas imposable en vertu des dispositions de l'article 3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement aux bénéfices tirés des opérations commerciales qu'il exécute pour le compte de son employeur.

Respectueusement, je ne considère pas ce raisonnement conforme aux principes juridiques du mandat. Il est parfaitement vrai que, matériellement, le mandataire est toujours l'auteur de l'acte. Mais la question de savoir si l'acte doit être considéré comme l'acte du mandant ou du mandataire ne dépend pas de la façon dont on choisit de le considérer mais bien du choix que l'on fait entre le considérer comme une opération commerciale ou comme un acte physique. Il est incontestable que lorsque l'acte est considéré du point de vue commercial, il est juridiquement l'acte du mandant et non pas du mandataire. Lorsque l'appelant vendait des actions au public au nom de sa compagnie ou faisait publier de la réclame pour le compte de la compagnie, il ne s'obligeait certainement pas personnellement et il n'aurait pu personnelle-

acted otherwise, he could never have been held personally liable for any of those operations or claimed any personal benefit therefrom. Of course, if he had been driving his car for his company and been involved in an accident, he could not have avoided liability for his negligence. That would be due to his tort. But if he had ordered gasoline or repairs for his company's account in the company's name, could he have been held personally liable?

Counsel for the Minister relied on the judgment of this Court in *N.T. Whittall v. Minister of National Revenue*[5]. In that case, the question was whether profits made by the taxpayer on the sale of securities acquired in his own name were capital profits on the realization of an investment or profits from the operation of a business. He was the president of a firm of investment dealers and stock brokers and consideration was given to his activities as such, with the result that the Court came to the conclusion that his personal operations did constitute a business. Nothing was said in that case which would imply that the operations of the firm were to be treated as if they had been the appellant's own. They were considered only to the extent of helping to form a judgment as to the appellant's intention in making his personal purchases, were they an investment or a business venture?

In the present case, it is conceded that the appellant's personal operations were a business venture. But the question is whether the appellant is deprived of the benefit of s. 83(3) by reason of the sales campaign carried on by J. Appleby Securities Ltd. For the reasons previously stated, it does not appear to me that this campaign can be said to have been carried on by him.

[5] [1968] S.C.R. 413.

ment réclamer le bénéfice de l'opération. Tant qu'il agissait légalement, et on ne prétend pas qu'il ait agi autrement, il ne pouvait aucunement être personnellement tenu responsable de ces opérations, ni prétendre avoir le droit d'en tirer un bénéfice personnel. Bien sûr, s'il avait été au volant de sa voiture pour le compte de sa compagnie et avait été impliqué dans un accident, il n'aurait pu éviter la responsabilité découlant de sa négligence. Cela aurait été dû à sa faute délictuelle. Mais s'il avait acheté de l'essence ou fait faire des réparations pour le compte de sa compagnie et au nom de celle-ci, aurait-il pu être tenu personnellement responsable?

L'avocat du Ministre s'est appuyé sur le jugement de cette Cour dans *N.T. Whittall c. Le Ministre du Revenu national*[5]. En cette affaire-là, la question était de savoir si les bénéfices réalisés par le contribuable sur la vente de valeurs acquises en son nom propre étaient des bénéfices en capital ou des profits de l'exploitation d'une entreprise. Il était le président d'une maison d'investissement et de courtage et on a pris en considération ses activités à ce titre, avec le résultat que la Cour en est venue à la conclusion que ses activités personnelles constituaient une entreprise. On n'a rien dit dans cet arrêt-là qui pourrait impliquer que les activités de la maison auraient dû être traitées comme des activités propres de l'appelant. Elles n'ont été considérées que dans la mesure où elles pouvaient aider à déterminer l'intention de l'appelant lors de ses achats personnels, constituaient-ils un placement ou une opération commerciale?

En l'espèce, il a été admis que les activités personnelles de l'appelant étaient une initiative de nature commerciale. Mais la question est de savoir si l'appelant est privé du bénéfice de l'art. 83(3) par suite de la campagne de vente menée par J. Appleby Securities Ltd. Pour les motifs énoncés ci-dessus, il ne me paraît pas qu'on puisse dire que lui-même a fait cette campagne.

[5] [1968] R.C.S. 413.

At the hearing in this Court, counsel for the Minister expressly stated that at no time the Crown tried "to lift the corporate veil". He added that he was not saying that the securities company was "a sham or simulacrum". What he urged was that the taxpayer participated in and used the campaign for distributing his own shares. He claimed that the appellant participated in the campain "to the extent of taking advantage of the market created". It is apparent that the taxpayer did take advantage of the sales campaign to that extent but is that the criterion? What subsection 4(*a*) contemplates is not taking advantage of a campaign carried on by anyone, but of a campaign carried on by the taxpayer.

In the Trial Division, Pratte J., after expressly finding that "J. Appleby Securities was not acting as the appellant's agent when it carried on the sales campaigns" went on to say:

> Under section 83(3), those who, in consequence of their having provided a prospector with financial assistance, acquired mining properties that they disposed of to a corporation in consideration for shares in the capital stock of the corporation, are given the privilege of excluding from their income the consideration that they receive for these shares. This privilege, however, is denied under section 83(4) "in the case of a person who disposes of the shares while or after carrying on a campaign to sell shares of the corporation to the public . . . ." The obvious purpose of section 83(4) is to ensure that the amount, excluded from the income of the taxpayer under section 83(3) is the reward for his financial participation in prospecting, and not for his activities as a dealer in shares. If, as I think, such is the purpose of section 83(4), it would be meaningless if it did not apply to a situation like the present one where the appellant, taking advantage of the fact that he was at the same time the president and sole shareholder of a brokerage firm, the promotor of mining companies and the owner of mining properties, not only caused the sales campaigns to be carried on but actively and materially assisted in the carrying on of these companies.

With respect, I have to disagree with this line of reasoning. In construing the legislation, the

A l'audition devant cette Cour, l'avocat du Ministre a expressément déclaré qu'en aucun moment le ministère n'a tenté de «lever la voile corporative». Il a ajouté qu'il ne disait pas que la compagnie de courtage était une façade ou un simulacre. Ce qu'il a soutenu c'est que le contribuable avait participé à la campagne, et l'avait utilisée, dans le but de distribuer les actions qu'il avait en propre. Il a prétendu que l'appelant avait participé à la campagne [TRADUCTION] «jusqu'au point de tirer avantage du marché créé». Il est clair que le contribuable en a tiré profit jusqu'à ce point-là, mais est-ce là le critère? Ce que l'al. *a*) du par. (4) vise n'est pas le fait de tirer avantage d'une campagne faite par n'importe qui, mais celui de tirer avantage d'une campagne faite par le contribuable.

En Division de première instance, M. le juge Pratte, après avoir conclu expressément que «J. Appleby Securities n'agissait pas à titre d'«agent» de l'appelant dans les campagnes en vue de la vente d'actions», a continué en disant:

> En vertu de l'article 83(3), ceux qui, par suite de l'assistance financière qu'ils ont fournie à un prospecteur, ont acquis des propriétés minières qu'ils ont cédées à une corporation en contrepartie d'actions du capital social de celle-ci, bénéficient du privilège d'exclure de leur revenu ce qu'ils ont reçu en contrepartie desdites actions. L'article 83(4) leur refuse toutefois ce privilège «dans le cas d'une personne qui dispose des actions pendant qu'elle fait ou après avoir fait une campagne en vue de la vente des actions de la corporation au public. . .». De toute évidence, l'article 83(4) vise à limiter l'application de l'article 83(3), en vertu duquel un contribuable peut déduire un montant de son revenu, au cas où le montant exclu résulte de sa participation financière dans la prospection, et non de son activité dans le domaine du commerce d'actions. Si, comme je le crois, tel est le but de l'article 83(4), ce dernier n'aurait aucun sens s'il ne s'appliquait pas à une situation comme la présente où l'appelant, profitant du fait qu'il était à la fois président et unique actionnaire d'une maison de courtage, promoteur de compagnies minières et propriétaire de propriétés minières, a été non seulement l'instigateur des campagnes de vente, mais y a participé activement.

Respectueusement, je ne puis souscrire à ce raisonnement. En interprétant la Loi, la ques-

question is not what may be supposed to have been intended but what has been said. Therefore, the wording of s. 83(4) is not to be extended so as to fit all that it might be considered desirable to cover. The enactment is to be applied as written. Unless there is ambiguity, it is to be applied literally in accordance with the general rules of law including the effect of the incorporation of limited companies.

For those reasons I would allow the appeal with costs throughout and order that the assessments under appeal be referred back to the Minister for reassessment in accordance with the above reasons.

*Appeal dismissed with costs,* PIGEON J. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fasken & Calvin, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.*

tion n'est pas de savoir ce qu'on peut supposer que le Parlement a voulu dire mais bien de savoir ce qu'il a dit. C'est pourquoi on ne peut élargir la portée du par. (4) de l'art. 83 de façon à y inclure tout ce qui pourrait sembler souhaitable. La disposition législative doit être appliquée telle qu'écrite. À moins qu'il y ait ambiguité, elle doit être appliquée littéralement conformément aux principes généraux du droit, les effets de la constitution en corporation de compagnies à responsabilité limitée y compris.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et j'ordonnerais que les cotisations objet du pourvoi soient renvoyées au Ministre pour qu'il établisse des nouvelles cotisations conformément aux présents motifs.

*Appel rejeté avec dépens, le* JUGE PIGEON *étant dissident.*

*Procureurs de l'appelant: Fasken & Calvin, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, Ottawa.*

**Robert William Auld and Mae Gertrude Auld** (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

**Wallace's Moving & Storage Limited and Donald Spagnoletti** (*Defendants*) *Respondents*;

and

**James Landry and Eastern Automobile Company Limited** (*Third Parties*) *Respondents.*

1974: June 26, 27; 1974: October 1.

Present: Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Appeal—Jury—Credibility—Function of jury—Whether verdict contrary to weight of evidence—Test to be applied by appellate court.*

*Trial—Denial of motion to take case from jury—Inflammatory terms—Adequacy of Judge's direction.*

The three vehicles involved were being driven east on the Trans-Canada Highway near Monastery, N.S., between 1 p.m. and 2 p.m. on a clear, dry Sunday afternoon. An accident occurred when the truck driven by Spagnoletti struck the rear of the car owned and driven by Auld. The third car driven by Landry was part of the *res gestae* but not involved in the actual collision. The evidence at trial was confusing and contradictory, involving three completely different, yet corroborated, versions by the three drivers. The jury found Spagnoletti 100 per cent at fault and judgment was rendered accordingly. The Appeal Division came to the conclusion that the jury's findings should be set aside as being against the weight of the evidence.

*Held*: The appeal should be allowed with costs.

*Per* Ritchie J.: The governing consideration rests upon an assessment of the credibility of witnesses. It was the function of the jury to weigh that evidence and there were none of the very exceptional circumstances which sometimes exist and entitle an appellate Court to undertake that function.

**Robert William Auld et Mae Gertrude Auld** (*Demandeurs*) *Appelants*;

et

**Wallace's Moving & Storage Limited et Donald Spagnoletti** (*Défendeurs*) *Intimés*;

et

**James Landry et Eastern Automobile Company Limited** (*Tierces parties*) *Intimés.*

1974: les 26 et 27 juin; 1974: le 1er octobre.

Présents: Les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Appel—Jury—Crédibilité—Fonction du jury—Le verdict était-il contraire au poids de la preuve?—Critère que la cour d'appel doit appliquer.*

*Procès—Refus de faire droit à la motion demandant de retirer l'affaire du jury—Propos incendiaires—Justesse des directives du juge.*

Les trois véhicules impliqués se dirigeaient en direction est sur la route Trans-Canadienne près de Monastery, N.-É., entre 1 heure et 2 heures de l'après-midi; c'était un dimanche et le temps était clair et sec. Un accident s'est produit lorsque le camion conduit par Spagnoletti a frappé l'arrière de l'automobile conduite par Auld et appartenant à ce dernier. La troisième voiture conduite par Landry a été partie intégrante des *res gestae* mais n'a pas été impliquée dans l'impact. La preuve au procès a été confuse et contradictoire, comportant trois versions complètement différentes, bien que corroborées, données par les trois conducteurs. Le jury a conclu que Spagnoletti avait été seul en faute et jugement fut rendu en conséquence. La Division d'appel a conclu que les conclusions du jury devaient être infirmées comme allant contre le poids de la preuve.

*Arrêt*: L'appel doit être accueilli avec dépens.

*Le* juge Ritchie: La considération prédominante repose sur une évaluation de la crédibilité des témoins. Il appartenait au jury de peser ces témoignages et il n'y a eu aucune de ces circonstances très exceptionnelles qui existent parfois et qui permettent à une cour d'appel d'entreprendre cette tâche.

*Per* Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: The test to be applied in a matter of this kind allowed the jury to accept the uncorroborated testimonies of Mr. and Mrs. Auld, especially since the evidence as a whole was confusing and contradictory. Credibility is essentially the domain of the jury. A jury verdict should not scrutinized with a magnifying glass but should be applied reasonably if the entire picture is clear.

There was no reason to interfere with the trial judge's decision, affirmed in the Court of Appeal, to deny the defendants' motion that the case be taken from the jury because of what counsel referred to as "inflammatory terms".

[*McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341; *Dale v. Toronto R. Co.* (1915), 24 D.L.R. 413 referred to]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division[1] allowing an appeal from a judgment at trial of Bissett J. with a jury. Appeal allowed with costs.

*J. M. Davidson*, and *R. Parker*, for the plaintiffs, appellants.

*D. R. Chipman, Q.C.*, for the defendants, respondents.

*W. J. Grant, Q.C.*, and *C. A. Beckett*, for the third-parties, respondents.

RITCHIE J.—This was indeed a case where, as Mr. Justice Cooper observed in the course of his reasons for judgment: "The evidence as to how the accident happened can only be described as confusing and contradictory."

In my opinion the governing consideration in determining liability here rests upon an assessment of the credibility of the witnesses. The members of the jury obviously believed the evidence of the appellants notwithstanding the fact that it conflicted in many important particulars with the evidence of others, but it was their function to weigh that evidence and, with the greatest respect for the views expressed in the Appeal Division, I cannot find in this case the

[1] (1973), 6 N.S.R. (2d) 214.

*Les* juges Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Le critère à être appliqué dans une affaire de ce genre permettait au jury d'accepter les témoignages non corroborés de M. et M^me^ Auld, surtout dans une affaire où la preuve dans son ensemble était confuse et contradictoire. La crédibilité est essentiellement du domaine du jury: un verdict d'un jury ne doit pas être scruté à la loupe mais doit être appliqué raisonnablement si le tableau d'ensemble est clair.

Il n'y avait aucune raison de modifier la décision du juge de première instance, confirmée par la Cour d'appel, de refuser la motion des défendeurs visant à retirer l'affaire du jury à cause de ce que l'avocat a décrit comme «des propos incendiaires».

[Arrêts mentionnés: *McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341; *Dale v. Toronto R. Co.* (1915), 24 D.L.R. 413]

APPEL à l'encontre d'un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel[1], qui a accueilli un appel d'un jugement rendu en première instance par le juge Bissett, qui siégeait avec un jury. Appel accueilli avec dépens.

*J. M. Davidson* et *R. Parker*, pour les demandeurs, appelants.

*D. R. Chipman, c.r.*, pour les défendeurs, intimés.

*W. J. Grant, c.r.*, et *C. A. Beckett*, pour les tierces parties, intimés.

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit bien d'une affaire où, comme M. le juge Cooper l'a remarqué dans le cours de ses motifs de jugement: [TRADUCTION] «La preuve sur la façon dont l'accident s'est produit ne peut être décrite que comme confuse et contradictoire.»

A mon avis la considération prédominante en déterminant la responsabilité ici repose sur une évaluation de la crédibilité des témoins. Le jury a de toute évidence cru le témoignage des appelants nonobstant le fait qu'il venait en conflit sur plusieurs points importants avec le témoignage des autres, mais il lui appartenait de peser ce témoignage et, avec le plus grand respect pour les vues exprimées en Division d'appel, je ne puis trouver en cette affaire le genre de circon-

[1] (1973), 6 N.S.R. (2d) 214.

kind of very exceptional circumstances which sometimes exist entitling an appellate court to undertake that function.

I sympathize with the conclusion reached by the Appeal Division and it is one which I might well have reached had I been sitting on the jury; but handicapped by the great disadvantage of not having seen and heard the witnesses, I am unable to substitute my assessment of their credibility for that of the jury.

For these reasons I would dispose of this appeal in the manner proposed by my brother de Grandpré.

The judgement of Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—As a result of a motor car accident, the following actions were commenced:

Mr. and Mrs. Auld against Wallace and Spagnoletti with Landry and Eastern Automobile as third parties; Wallace also entered a counterclaim.

Webb against Auld, Landry and Eastern Automobile with Wallace and Spagnoletti as third parties.

OSF Industries against Auld, Landry, Eastern Automobile with Wallace and Spagnoletti as third parties.

The Auld case was set for trial before a judge and jury in Pictou and the parties agreed that the determination of liability by the jury (subject to any appeal) would be binding on all of them.

To bring the problem before this Court, leave to appeal, where needed, was granted by the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia.

The main point in issue is thus the determination of the liability for an accident where a large trailer truck, 56 feet in length, belonging to Wallace and driven by Spagnoletti, struck the rear of a passenger car owned and driven by Auld. A third motor car belonging to Eastern Automobile and driven by Landry, although not physically involved in any impact, was from the

stances très exceptionnelles parfois présentes permettant à une cour d'appel d'entreprendre cette tâche.

Je sympathise avec la conclusion tirée par la Division d'appel et c'est une conclusion que j'aurais pu fort bien tirer moi-même si j'avais fait partie du jury; mais handicapé par le grand désavantage de ne pas avoir vu et entendu les témoins, je ne puis substituer mon évaluation de leur crédibilité à celle du jury.

Pour ces motifs je déciderais l'appel de la manière proposée par mon collègue de Grandpré.

Le jugement des juges Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Par suite d'un accident d'automobile, les actions suivantes ont été intentées:

M. et M^me^ Auld contre Wallace et Spagnoletti avec Landry et Eastern Automobile comme tierces parties; Wallace a également produit une demande reconventionnelle.

Webb contre Auld, Landry et Eastern Automobile avec Wallace et Spagnoletti comme tierces parties.

OSF Industries contre Auld, Landry, Eastern Automobile avec Wallace et Spagnoletti comme tierces parties.

L'affaire Auld a été fixée pour procès devant un juge et un jury à Pictou et les parties ont convenu que le verdict du jury sur la responsabilité (sous réserve de tout appel) les lierait toutes.

Aux fins de permettre que cette Cour soit saisie de la difficulté à résoudre, autorisation d'appeler, là où c'était nécessaire, a été accordée par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

Le point principal en litige est donc d'établir qui est responsable pour un accident où un gros camion-remorque de 56 pieds de longueur appartenant à Wallace et conduit par Spagnoletti a frappé l'arrière d'une voiture de tourisme qui était conduite par Auld et appartenait à ce dernier. Un troisième véhicule automobile appartenant à Eastern Automobile et conduit

outset considered part and parcel of the *res gestae* for reasons that will appear shortly.

All three motor cars were being driven from west to east, that is from Antigonish to Cape Breton on Trans-Canada Highway (No. 104) near Monastery. It was between 1 and 2 p.m. on March 1, 1970, a Sunday. The weather was nice and the pavement dry.

The accident occurred near the eastern end of a bridge having some 315 feet in length and 32 feet 4 inches in width between concrete curbs. On the west side of the river, the road goes down into the valley for more than half a mile and the grade for the last 2000 feet is approximately five per cent. For one driving east, there is a good visibility west of the bridge for approximately 2000 feet. From the east side of the bridge, the road goes up the other side of the valley and there is a similar grade of five per cent for approximately 2000 feet. Soon after the road leaves the bridge on the east side, it curves slightly to the left for approximately 500 feet. To complete the basic picture, two other facts should be mentioned:

1. both east and west of the bridge, the paved portion of the highway is wider, the paved shoulders being much more substantial off the bridge than on the bridge;

2. the day before the accident with which we are here concerned, another accident had taken place on the bridge as a result of which some 20 feet of the railing had been torn off near the eastern end of the bridge on the south side, namely the right hand side in the direction followed by the three motor cars.

Three completely different versions of the accident were given in evidence by the three drivers:

1. Auld told the jury that at all material time he had been proceeding well below the speed limit on his own side of the road when as he was approaching the eastern end of the bridge

par Landry, bien que non physiquement impliqué dans un impact quelconque, a été dès le départ considéré comme partie intégrante des *res gestae* pour des motifs qui ressortiront ci-après.

Les véhicules allaient tous trois d'ouest en est, c'est-à-dire d'Antigonish à Cap Breton, sur la Trans-Canadienne (N° 104) près de Monastery. C'était entre 1 heure et 2 heures de l'après-midi le 1er mars 1970, un dimanche. Le temps était beau et le pavé sec.

L'accident s'est produit près de l'extrémité est d'un pont qui est long de quelque 315 pieds et dont la largeur entre ses rebords en béton est de 32 pieds et 4 pouces. Sur le côté ouest de la rivière, le chemin descend la vallée sur plus d'un demi-mille de distance et la pente pour les derniers 2,000 pieds est d'environ cinq pour cent. Pour quelqu'un qui conduit vers l'est, la visibilité est bonne à l'ouest du pont pour environ 2,000 pieds. De l'extrémité est du pont, le chemin monte l'autre côté de la vallée et il y a une pente similaire de cinq pour cent sur environ 2,000 pieds. Peu après avoir laissé le pont à l'extrémité est, le chemin s'incurve légèrement vers la gauche sur environ 500 pieds. Pour terminer le tableau de base, deux autres faits doivent être mentionnés:

1. tant à l'est qu'à l'ouest du pont, la partie pavée du chemin public est plus large, les accotements pavés étant beaucoup plus importants hors du pont que sur le pont;

2. le jour qui a précédé l'accident dont il s'agit ici, un autre accident était survenu sur le pont par suite de quoi quelque 20 pieds de garde-fous avaient été arrachés près de l'extrémité est du pont sur le côté sud, soit le côté droit qui allait dans la direction des trois véhicules automobiles.

Trois versions totalement différentes de l'accident ont été données en preuve par les trois conducteurs.

1. Auld a dit au jury qu'à tous les moments pertinents il avait fait route bien en-deçà de la limite de vitesse sur son propre côté du chemin lorsqu'en approchant de l'extrémité

he was overtaken by Landry and immediately afterwards struck on the rear left side by the truck which sent his car spinning around; the evidence discloses that after the accident Auld's car was more or less at the east end of the bridge, looking back towards the west, partly on the westbound lane partly on the north paved shoulder;

2. Landry, for his part, testified that he at no time overtook Auld and that the impact between Auld's car and the trailer truck occurred behind him, as a result of which Auld's car was seen practically overtaking Landry's automobile in the westbound lane proceeding backwards whereas the truck left the bridge behind Landry through the opening created by the accident of the previous day; Landry maintains that he was well on his side of the road and proceeding at a speed in the neighbourhood of 50 miles per hour;

3. Spagnoletti, the truck driver, stated that before he entered the bridge when driving at about 50 miles per hour, he saw the two cars almost half a mile ahead of him; he was getting closer to the bridge when he noticed what he described in his own words:

> When I started getting closer to the bridge, I noticed the one car stop and I was starting to come up close behind and so I tried to stop my vehicle. But it takes quite a long distance to stop that vehicle and I didn't think it would stop in time, in my opinion.

The second car was then stopped or nearly stopped behind the first one; when Spagnoletti made that decision to overtake them, the two cars were 400 or 500 feet in front of him; then Auld slowly swung out to overtake Landry at which time the truck itself was already occupying the left lane for traffic proceeding from west to east; it was not possible to avoid an accident and, although the brakes were applied to reduce the speed to 30 miles per hour, the truck crashed into the rear

est du pont il fut doublé par Landry et immédiatement après frappé sur le côté gauche arrière par le camion qui envoya sa voiture pivoter sur elle-même; la preuve révèle qu'après l'accident l'automobile de Auld était plus ou moins à l'extrémité est du pont, retournée vers l'ouest, en partie sur la voie réservée à la circulation ouest et en partie sur l'accotement pavé nord;

2. Landry, pour sa part, a témoigné qu'en aucun temps il n'a doublé Auld et que c'est en arrière de lui que s'est produit l'impact entre l'automobile de Auld et le camion-remorque, par suite duquel on a vu l'automobile de Auld pratiquement doubler l'automobile à la circulation ouest tandis que le camion laissait le pont derrière Landry, par l'ouverture créée par l'accident du jour précédent; Landry maintient qu'il était bien à l'intérieur de son côté du chemin et qu'il allait à une vitesse qui voisinait 50 milles à l'heure;

3. Spagnoletti, le conducteur de camion, a déclaré qu'avant qu'il n'entre sur le pont à une vitesse d'environ 50 milles à l'heure, il avait vu les deux automobiles presque à un demi-mille en avant de lui; il se rapprochait du pont lorsqu'il a vu ce qu'il a décrit dans ses propres mots:

> [TRADUCTION] Lorsque j'ai commencé à me rapprocher du pont, j'ai vu l'une des voitures stopper et je commençais à me rapprocher de très près et donc j'ai essayé de stopper le camion du pont, j'ai vu l'une des voitures stopper et je commençais à m'approcher de près et donc j'ai essayé de stopper mon véhicule. Mais il faut une longue distance pour stopper ce véhicule et je ne pensais pas qu'il arrêterait à temps, à mon avis.

La deuxième voiture était alors stoppée ou presque stoppée en arrière de la première; lorsque Spagnoletti a pris cette décision de les doubler, les deux automobiles étaient à 400 ou 500 pieds en avant de lui; ensuite Auld a lentement viré vers l'extérieur afin de doubler Landry, moment où le camion lui-même occupait déjà la voie de gauche pour qui circulait d'ouest en est; il n'était pas possible d'éviter un accident et, bien que les freins aient été appliqués pour réduire la vitesse à 30 milles à

of Auld's car and finally landed on the east bank of the river below the bridge having gone around the front of Landry's automobile.

The passengers in the two automobiles supported their respective drivers but Webb, the companion of Spagnoletti in the truck, did not see the accident being asleep at the time. However, Spagnoletti's evidence (except as to speed) was substantially corroborated by an independent witness, one Snow, and to a lesser extent by the two companions of that witness.

Snow had stopped his small truck on the north shoulder west of the bridge, had crossed the roadway on foot and had walked a few feet on the south concrete curb in an easterly direction towards the opening in the railing of the bridge when he heard and saw the motor cars and the accident. At that time, his companions were seated in the truck. Two points in Snow's evidence should be underlined:

1. Landry would have been stopped directly across from the hole in the railing of the bridge;

2. the speed of the truck at impact was around 50 or 55 miles per hour.

With this evidence in the record, the jury came to the following conclusion:

1. Was there any negligence on the part of Spagnoletti which caused or contributed to the damages?

"Yes"

If so, of what did such consist?

1. Inexperience.
2. Apparent lack of control of his vehicle.
3. Failure to signify intention to pass by blowing his horn.

2. Was there any negligence on the part of Landry which caused or contributed to the damages?

"No"

If so, of what did such consist?

3. Was there any negligence on the part of Auld which caused or contributed to the damages?

l'heure, le camion a écrasé l'arrière de l'automobile de Auld et a finalement atterri sur la berge est de la rivière en bas du pont ayant contourné l'avant de l'automobile de Landry.

Les passagers des deux automobiles ont confirmé les versions de leurs conducteurs respectifs mais Webb, compagnon de Spagnoletti dans le camion, n'a pas vu l'accident étant endormi à ce moment-là. Cependant, le témoignage de Spagnoletti (excepté quant à la vitesse) a été corroboré de façon substantielle par un témoin indépendant, un nommé Snow, et à un moindre degré par les deux compagnons de ce témoin-là.

Snow avait arrêté son petit camion sur l'accotement nord à l'ouest du pont, avait traversé la chaussée à pied et avait marché quelques pieds sur le rebord de béton sud dans une direction est vers l'ouverture dans les garde-fous du pont lorsqu'il a entendu et vu les véhicules automobiles et l'accident. A ce moment-là, ses compagnons étaient assis dans le camion. Il faut souligner deux points dans le témoignage de Snow:

1. Landry aurait été stoppé directement en face du trou fait dans les garde-fous;

2. la vitesse du camion à l'impact était d'environ 50 ou 55 milles à l'heure.

Avec cette preuve au dossier, le jury est venu à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] 1. Y a-t-il eu une négligence quelconque de la part de Spagnoletti qui a causé ou contribué aux dommages?

«Oui»

Si c'est le cas, en quoi cette négligence a-t-elle consisté?

1. Inexpérience.
2. Manque de contrôle apparent de son véhicule.
3. Omission d'indiquer son intention de dépasser en faisant retentir son klaxon.

2. Y a-t-il eu une négligence de la part de Landry qui a causé ou contribué aux dommages?

«Non»

Si c'est le cas, en quoi cette négligence a-t-elle consisté?

3. Y a-t-il eu une négligence de la part de Auld qui a causé ou contribué aux dommages?

"No"

If so, of what did such consist?

4. If your answer to more than one of questions 1, 2 and 3 is "yes", is it possible for you to apportion the percentage of fault of each of the persons referred to in those questions that you answered "yes"?

"Yes"

5. If your answer to question 4 is "yes", what percentage of fault do you attribute to each?

(a) Spagnoletti — 100%
(b) Landry — 0%
(c) Auld — 0%

Judgment was rendered in accordance with the verdict but the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia came to the conclusion that the jury's findings cannot stand because "they are against the weight of evidence and such that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached". Of course, the Court of Appeal explicity adopted the test laid down by Duff C.J. in *McCannell v. McLean*[2].

The question to be determined by this Court is whether or not the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia was right in thus setting aside the jury's verdict. In my opinion, the answer must be in the negative.

Cooper J., speaking for the Court, prefaced his detailed examination of the evidence with the statement: "The evidence as to how the accident happened can only be described as confusing and contradictory". This review of the evidence undertaken by Cooper J. was concluded with the following:

The jury in answering question three must have accepted the testimony of Mr. and Mrs. Auld as to how the accident happened. Could they have done so in view of the evidence as a whole and if they acted judicially? In the first place, one thing that seems established is that there were only two motor vehicles on the bridge immediately prior to the accident. One was the Auld vehicle and the other the Landry vehi-

[2] [1937] S.C.R. 341.

«Non»

Si c'est le cas, en quoi cette négligence a-t-elle consisté?

4. Si votre réponse à plus d'une des questions 1, 2 et 3 est «oui», vous est-il possible de répartir le pourcentage de la faute de chacune des personnes mentionnées dans ces questions auxquelles vous avez répondu «oui»?

«Oui»

5. Si votre réponse à la question 4 est «oui», quel pourcentage de faute attribuez-vous à chacun?

(a) Spagnoletti — 100%
(b) Landry — 0%
(c) Auld — 0%

Jugement a été rendu conformément au verdict mais la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est venue à la conclusion que les conclusions du jury ne pouvaient être maintenues parce qu'[TRADUCTION] «elles vont contre le poids de la preuve et sont des conclusions qu'aucun jury passant en revue la preuve dans son ensemble et agissant de façon judiciaire aurait pu tirer». Bien entendu, la Cour d'appel a explicitement adopté le critère posé par le juge en chef Duff dans l'arrêt *McCannell c. McLean*[2].

La question à être décidée par cette Cour est de savoir si oui ou non la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a eu raison d'infirmer ainsi le verdict du jury. A mon avis, la réponse doit être non.

Le juge Cooper, parlant au nom de la Cour, a préfacé de l'énoncé suivant son examen détaillé de la preuve: [TRADUCTION] «La preuve sur la façon dont l'accident s'est produit ne peut être décrite que comme confuse et contradictoire». Cette revue de la preuve entreprise par le juge Cooper conclut comme suit:

[TRADUCTION] Le jury en répondant à la question trois doit avoir accepté le témoignage de M. et M^me^ Auld sur la façon dont l'accident s'est produit. Les jurés auraient-ils pu le faire en regard de la preuve dans son ensemble et en agissant de façon judiciaire? En premier lieu, une chose semble établie, c'est qu'il n'y avait que deux véhicules automobiles sur le pont immédiatement avant l'accident. L'un d'eux était le

[2] [1937] R.C.S. 341.

cle. The evidence of Snow, his wife, and Spagnoletti is that it was the second in line of the two vehicles that was struck. In other words, the Landry vehicle was at all relevant times ahead of the Auld vehicle. The evidence of the Landrys was to the same effect. There is no support in any of the evidence of any of the witnesses other than Mr. and Mrs. Auld that the Landry vehicle has been behind the Auld vehicle and had passed the Auld vehicle.

If the Auld version of the accident is correct, the impact occurred in the right-hand traffic lane for vehicles proceeding from west to east.

The evidence of Mr. Snow and his wife and Spagnoletti is that the impact occurred in the left-hand lane. In fact, no witness supports the Auld version in this respect. The Landrys, father and son, did not see the impact, but saw the Auld vehicle in the left-hand lane. Their evidence as to the car proceeding in reverse direction at the speed it must have been going if their testimony is correct is clearly incredible, but their evidence as to the Auld vehicle being in the left-hand lane is consistent with the evidence of the other witnesses. Moreover, Mr. Auld said that upon impact his car 'took a right-hand turn around and when it swung, the car was facing Antigonish with it stopped' and again in answer to the question, 'You're saying your car spun to the right?' he said 'spun to the right'. If the Auld vehicle was in its right-hand lane upon impact as Mr. Auld said it was, it seems almost impossible for it to have stayed on the road and have ended up as Mr. Auld said it did.

véhicule de Auld et l'autre était le véhicule de Landry. Le témoignage de Snow, de son épouse, et de Spagnoletti, est que c'est le deuxième en ligne de ces véhicules qui a été frappé. En d'autres mots, le véhicule de Landry a été à tous les moments pertinents en avant du véhicule de Auld. Le témoignage des Landry est au même effet. Rien dans les témoignages de tous les témoins sauf M. et M^me^ Auld ne peut servir à confirmer que le véhicule de Landry ait été en arrière du véhicule de Auld et ait doublé le véhicule de ce dernier.

Si la version Auld est exacte, l'impact se serait produit dans la voie de droite pour des véhicules allant de l'ouest vers l'est.

Le témoignage de M. Snow et de son épouse ainsi que de Spagnoletti est que l'impact s'est produit dans la voie de gauche. En fait, aucun témoin n'appuie la version Auld à cet égard. Les Landry, père et fils, n'ont pas vu l'impact, mais ont vu le véhicule Auld dans la voie de gauche. Leur témoignage quant à la voiture faisant route à reculons à la vitesse à laquelle elle devait aller si leur témoignage est exact est clairement incroyable mais leur témoignage quant à la présence du véhicule Auld dans la voie de gauche est compatible avec le témoignage des autres témoins. De plus, M. Auld a dit que lors de l'impact sa voiture [TRADUCTION] «a pivoté vers la droite et lorsqu'elle a tourné, l'automobile faisait face à Antigonish en position immobile» et de nouveau en réponse à la question, [TRADUCTION] «vous dites que votre voiture a pivoté vers la droite?» il a dit [TRADUCTION] «pivoté vers la droite?». Si le véhicule Auld était dans sa voie de droite lors de l'impact comme M. Auld dit qu'il l'était, il semble presque impossible qu'il ait pu rester sur le chemin et s'être arrêté de la façon que M. Auld dit qu'il s'est arrêté.

Surely, the test to be applied in a matter of this kind allowed the jury to accept the uncorroborated testimonies of Mr. and Mrs. Auld, especially in a matter where the evidence as a whole is "confusing and contradictory". Credibility is essentially the domain of the jury. This in itself should dispose of the appeal and bring us to the conclusion that the verdict of the jury should be restored.

However, I would like to add a few words:

1. If the Auld's vehicle was in its right hand lane upon impact, it is quite possible for it to have spun around and to have ended up in its left-hand lane facing in the other direction;

Sans conteste, le critère à être appliqué dans une affaire de ce genre permettait au jury d'accepter les témoignages non corroborés de M. et M^me^ Auld, spécialement dans une affaire où la preuve dans son ensemble est «confuse et contradictoire». La crédibilité est essentiellement du domaine du jury. Cela en soi devrait déterminer le sort de l'appel et nous amener à la conclusion que le verdict du jury devrait être rétabli.

Cependant, j'aimerais ajouter quelques mots:

1. Si le véhicule des époux Auld était dans sa voie de droite lors de l'impact, il est très possible qu'il ait pivoté sur lui-même et se soit arrêté dans sa voie de gauche l'avant retourné

the width of the pavement at the scene of the accident is certainly substantial enough to accommodate a Chevrolet motor car having a maximum length of 17½ feet;

2. It was physically impossible for the accident to have occurred in the fashion described by Spagnoletti and Snow considering that, according to them, Landry's car was stopped opposite the hole in the railing created by the accident of the previous day and that Spagnoletti's truck left the bridge through that opening; Landry's car would then have been very much involved physically in the accident;

3. On the pure "weight" aspect of the evidence, four witnesses have stated that Landry never stopped on the bridge as opposed to four who stated that such stopping took place.

I cannot but repeat with respect that the jury acting judicially could have reached the verdict expressed in their answers.

Counsel for respondents has argued very strongly that by stating that Spagnoletti had been negligent for his "failure to signify intention to pass by blowing his horn", the jury had accepted the version of the accident offered by the truck driver and the independent witness Snow. I am unable to accede to this proposition. Whatever was meant by that answer (with imagination, it is possible to give it many meanings), the proper approach is to look at the verdict as a whole and to determine what conclusions were truly reached by the jury. In the present instance, it is clear that they meant to put all of the blame on Spagnoletti and that, in their view, neither Auld nor Landry had contributed to the accident. As has been mentioned repeatedly, a jury's verdict should not be scrutinized with a magnifying glass but should be applied reasonably if the entire picture is clear. In the present case, I have no doubt that it is.

The defendants respondents have submitted that should this Court come to the conclusion that on its face the jury's verdict should stand, a new trial should nevertheless be ordered

en direction opposée; la largeur du pavé sur la scène de l'accident est certainement assez grande pour contenir une voiture Chevrolet d'une longueur maximum de 17 pieds et demi.

2. Il était physiquement impossible que l'accident se produise de la façon décrite par Spagnoletti et Snow considérant que, selon eux, l'automobile de Landry était stoppée vis-à-vis du trou que l'accident du jour précédent avait créé dans les garde-fous, et que le camion de Spagnoletti a laissé le pont en passant par cette ouverture; l'automobile de Landry aurait alors été dans une très large mesure physiquement impliquée dans l'accident;

3. Considérant l'affaire uniquement sous l'angle du «poids» de la preuve, quatre témoins disent que Landry n'a jamais stoppé sur le pont alors que quatre disent qu'il a stoppé.

Je ne peux que répéter avec respect que le jury agissant de façon judiciaire aurait pu aboutir au verdict exprimé dans ses réponses.

Les avocats des intimés ont fait valoir très fortement qu'en disant que Spagnoletti avait été négligent par «omission d'indiquer son intention de dépasser en faisant retentir son klaxon», le jury avait accepté la version du chauffeur de camion et du témoin indépendant Snow. Je suis incapable d'accéder à cet argument. Quoi qu'on ait voulu dire par cette réponse (en imaginant, il est possible de lui donner plusieurs sens), la façon dont il faut procéder est de regarder le verdict dans son ensemble et déterminer quelles conclusions ont véritablement été tirées par le jury. En l'instance, il est clair que le jury voulait placer la totalité du blâme sur les épaules de Spagnoletti et que, à son avis, ni Auld ni Landry n'avaient contribué à l'accident. Comme on l'a mentionné à plusieurs reprises, un verdict d'un jury ne doit pas être scruté à la loupe mais doit être appliqué raisonnablement si le tableau d'ensemble est clair. Dans la présente affaire, je n'ai pas de doute qu'il le soit.

Les défendeurs intimés ont prétendu que si cette Cour en venait à la conclusion qu'à sa lecture le verdict du jury doit être maintenu, un nouveau procès devrait néanmoins être ordonné

because of the three submissions made to the Court of Appeal but not accepted by that Court.

In his address to the jury, counsel for Landry said:

There is a story told about long ago, a man on his way to Samaria who had a problem along the road and some kind man came by and helped him and it comes to us as the story of the Good Samaritan, that we all know—and we all know well. But today, in New York and the major cities such as Montreal and, I presume, in Toronto, there is the doctrine of non-involvement—'Let thy brother perish by the side of the road but don't bother me—don't get me involved—don't bother me with your troubles—you look after your own and don't bother me.'

James Landry, at his own personal risk, because there was fire already started there, helped haul Webb out of the cab to safety and I think that photograph very graphically shows the wreckage of that cab. And he helped haul him out to safety, so that he could get back to Ontario to sue him; put out the flames so that the Wallace van wouldn't be destroyed or the Ontario fixture company wouldn't have their material burnt and, as it turned out, so they could later sue him and bring him into this court today.

Counsel for Spagnoletti and the Storage Company forthwith made a motion that the case be taken away from the jury because of what he described as inflammatory terms. This motion was denied by the trial judge and this judgment was affirmed on appeal, the court below relying in particular upon *Dale v. Toronto R. Co.*[3] I do not see any reason to come to a different conclusion.

A second ground was the rejection by the trial judge of the evidence of constable Dwyer with respect to a conversation with Mr. Auld. Here again the Court of Appeal agreed with the trial judge and I am disposed to confirm on the simple ground that the evidence of the constable, which had been submitted to the trial judge on a *voir dire*, could not have substantially

[3](1915), 24 D.L.R. 413.

du fait des trois prétentions soumises à la Cour d'appel mais non acceptées par cette Cour-là.

Dans son exposé au jury, l'avocat de Landry avait dit:

[TRADUCTION] Une très vieille histoire, d'un homme qui faisait route vers la Samarie et à qui il arriva un malheur sur le long du chemin et qui reçut de l'aide d'un homme compatissant qui s'adonnait à passer, cette histoire nous l'appelons l'histoire du Bon Samaritain, nous la savons tous—et nous la savons tous bien. Mais aujourd'hui, à New York et dans des grandes villes telles que Montréal et, je présume, à Toronto, il y a la théorie de la non-intervention—«Que mon frère périsse le long du chemin, ne me dérangez pas—ne m'impliquez pas—ne me dérangez pas avec vos difficultés—occupez-vous des vôtres et ne me dérangez pas.»

James Landry, à son propre risque personnel, parce qu'il y avait du feu qui venait de commencer à cet endroit-là, a aidé à sortir Webb de la cabine pour l'amener en sécurité et je pense que cette photo montre de façon très saisissante les débris de cette cabine. Et il a aidé à le retirer pour l'amener en lieu sûr, de sorte qu'il puisse revenir en Ontario pour le poursuivre; il a éteint les flammes de façon que le camion Wallace ne soit pas détruit ou que la compagnie ontarienne d'aménagements fixes ne se fasse pas brûler son matériel et, comme il s'est avéré par la suite, de façon qu'ils puissent plus tard le poursuivre et le traîner devant ce tribunal aujourd'hui.

Les avocats de Spagnoletti et de la compagnie Wallace ont sur-le-champ fait une motion demandant que le jury soit dessaisi de l'affaire à cause de ce qu'ils ont décrit comme des propos incendiaires. Cette motion a été refusée par le juge de première instance et ce jugement a été confirmé en appel, la cour d'instance inférieure se fondant en particulier sur l'arrêt *Dale v. Toronto R. Co.*[3] Je ne vois aucune raison de venir à une conclusion différente.

Un second grief a été le rejet par le juge de première instance du témoignage du constable Dwyer relativement à une conversation avec M. Auld. Ici encore la Cour d'appel a été d'accord avec le juge de première instance et je suis disposé à confirmer sur le simple motif que le témoignage du constable, qui avait été soumis au juge de première instance sur *voir dire*, n'au-

[3](1915), 24 D.L.R. 413.

modified the picture so that no substantial wrong or miscarriage of justice was thereby occasioned.

As to the alleged misdirection of the jury on the law, particularly because the trial judge did not refer explicitly to the *Motor Vehicle Act*, I do not see that there was such obligation on his part. The Court of Appeal underlined that, reading the charge as a whole, the jury were clearly told all they needed to know about the law.

On the whole, I would maintain the appeal, set aside the rule of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, dated October 9, 1973, and reinstate the order of the Trial Division, dated May 11, 1972, with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the plaintiffs, appellants: T. Robert Parker, Pictou.*

*Solicitor for the defendants, respondents: David R. Chipman, Halifax.*

*Solicitors for the third parties, respondents: William J. Grant, Truro.*

rait pu modifier substantiellement le tableau, de sorte qu'aucun tort important ni déni de justice grave n'a été occasionné.

Quant à ce qu'on dit être des instructions fautives au jury sur le droit, particulièrement du fait que le juge de première instance ne s'est pas reporté explicitement au *Motor Vehicle Act*, je ne vois pas qu'il y avait une telle obligation incombant à ce dernier. La Cour d'appel a souligné que, lisant l'exposé du juge au jury dans son entier, les jurés ont été clairement instruits de tout ce qu'ils avaient besoin de savoir à propos du droit.

Sur le tout, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer la directive de la Division d'appel de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse, en date du 9 octobre 1973, et de rétablir l'ordonnance de la Division de première instance, en date du 11 mai 1972, avec dépens dans toutes les cours.

*Appel accueilli avec dépens.*

*Procureurs des demandeurs, appellants: T. Robert Parker, Pictou.*

*Procureurs des défendeurs, intimés: David R. Chipman, Halifax.*

*Procureurs des tierces parties, intimées: William J. Grant, Truro.*

**Vancouver-Fraser Park District** *(Defendant) Appellant*;

and

**Garth Vayne Olmstead** *(Plaintiff) Respondent.*

1974: May 23; 1974: October 23.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Appeal—Plaintiff injured as result of diving into dish-shaped pool in public park—Jury not acting judicially, on the evidence, in concluding park operator negligent—Verdict set aside.*

After running into a dish-shaped pool or artificial lake, which was located in a public park operated by the defendant, the plaintiff dived into shallow water and struck his head on the bottom and as a result of the accident was rendered a quadriplegic. The plaintiff started proceedings against the defendant alleging that the accident was the result of the latter's negligence. Following a trial by a judge and jury, a judgment was given against the defendant holding it partially to blame for the accident. The jury was of the opinion that the appearance of the swimming facility was sufficiently confusing that the owner should have recognized the need to clarify to any user the exact nature of the facility. The defendant appealed to the Court of Appeal without success and then appealed to this Court.

*Held*: The appeal should be allowed, the verdict of the jury and the judgments of the Courts below set aside and the action dismissed.

The suggestion that a verdict should be "perverse" before it is set aside was not accepted. This word implies a moral turpitude which, in the present instance, was not proven to exist. As pointed out in *Metropolitan Railway Co. v. Wright* (1886), 11 App. Cas. 152, the old rule which introduced the element of "perversity" has been replaced by the rule that the verdict should not be disturbed unless it appears to be not only unsatisfactory, but unreasonable and unjust.

The true cause of the accident on the evidence accepted by the jury was clearly the sole negligence of the plaintiff who took a running dive into shallow

**Vancouver-Fraser Park District** *(Défenderesse) Appelante*;

et

**Garth Vayne Olmstead** *(Demandeur) Intimé.*

1974: le 23 mai; 1974: le 23 octobre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Appel—Demandeur blessé par suite d'un plongeon dans un étang de forme ovale, dans un parc public—Le jury n'a pas agi de façon judiciaire, selon la preuve, en concluant à la négligence de l'exploitante du parc—Verdict infirmé.*

Après s'être dirigé en courant dans un étang ou un lac artificiel de forme ovale, qui était situé dans un parc public exploité par la défenderesse, le demandeur a plongé dans l'eau peu profonde et s'est heurté la tête contre le fond et par suite de l'accident il est devenu quadriplégique. Le demandeur a entamé des procédures contre la défenderesse alléguant que l'accident résultait de la négligence de celle-ci. A la suite d'un procès devant un juge et un jury, jugement a été rendu contre la défenderesse la tenant partiellement responsable de l'accident. Le jury a été d'avis que l'apparence de l'installation pour la natation prêtait suffisamment à confusion que le propriétaire aurait dû reconnaître le besoin d'indiquer clairement, pour les usagers, la nature précise de l'installation. La défenderesse a interjeté appel devant la Cour d'appel sans succès et ensuite devant cette Cour.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être accueilli, le verdict du jury et les jugements des cours d'instance inférieure doivent être infirmés et l'action doit être rejetée.

La prétention qu'un verdict doit être «inique» pour qu'il soit infirmé n'a pas été retenue. Ce mot implique une turpitude morale dont, en l'espèce, on n'a pas prouvé l'existence. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Metropolitan Railway Co. v. Wright* (1886), 11 App. Cas. 152, l'ancienne règle qui avait introduit l'élément d'«iniquité» a été substituée par la règle de l'immutabilité du verdict à moins que celui-ci soit non seulement non satisfaisant mais encore déraisonnable et injuste.

Selon la preuve acceptée par le jury, la véritable cause de l'accident a clairement été la seule négligence du demandeur qui a plongé en courant dans

water. No jury acting judicially could have, on the whole of the evidence, found that the accident was the result of the defendant's negligence. Of four points mentioned by the jury as sufficient to confuse the plaintiff, one as to a sign could not have any merit because the accident occurred at night and the other three should have been decided against the plaintiff on his own evidence which the jury did not have the right to discard. Indeed, this was a case where the Court was inclined to the view that there was no evidence to go before a jury so that the Court had the right and the duty to set aside the verdict. In the circumstances of the case, there was no obligation on the defendant to protect the respondent against his own imprudence.

*Saint John Gas Light Co. v. Hatfield* (1894), 23 S.C.R. 164; *Jamieson v. Harris* (1905), 35 S.C.R. 625; *Scotland v. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 S.C.R. 471; *McConnell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341; *Grey Coach Lines Ltd. v. Payne*, [1945] S.C.R. 614, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia dismissing an appeal from a judgment given following a trial by a judge and jury and holding the defendant partially to blame in an action for damages for personal injuries. Appeal allowed and action dismissed.

*H. T. Wheeldon* and *W. M. Holburn*, for the defendant, appellant.

*R. S. Ross* and *G. M. Green*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—On June 26, 1970, a Friday, plaintiff respondent together with a group of friends went to Aldergrove Lake Regional Park, a public park operated by the defendant appellant. Respondent and his friends were planning to camp there for the week-end.

The park contains an artificial lake or pool described as follows in the judgment of the Court of Appeal:

The pool was some 250 feet in one dimension by some 300-odd feet in another dimension, being of an oval shape. It was dish-shaped, the pool running from the water's edge to the centre of the pool at a uniform

l'eau peu profonde. Aucun jury agissant de façon judiciaire n'aurait pu, selon l'ensemble de la preuve, conclure que l'accident a été le résultat de la négligence de la défenderesse. Des quatre points mentionnés par le jury comme étant suffisants pour induire le défendeur en erreur, celui qui a trait à l'écriteau n'a aucun fondement puisque l'accident s'est produit la nuit et les trois autres auraient dû être décidés à l'encontre du demandeur en se fondant sur son propre témoignage que le jury n'avait pas de droit d'écarter. En fait il s'agissait d'un cas où la Cour a été portée à croire qu'il n'y avait aucun élément de preuve à soumettre au jury de sorte qu'elle avait le droit et le devoir d'infirmer le verdict. Dans les circonstances, la défenderesse n'avait aucune obligation de protéger l'intimé contre sa propre imprudence.

Arrêts mentionnés: *Saint John Gas Light Co. c. Hatfield* (1894), 23 R.C.S. 164; *Jamieson c. Harris (1905), 35 R.C.S. 625; Scotland c. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 R.C.S. 471; *McConnell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341; *Grey Coach Lines Ltd. c. Payne*, [1945] R.C.S. 614.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté un appel d'un jugement rendu à la suite d'un procès devant un juge et un jury et tenant la défenderesse partiellement responsable dans une action en dommages-intérêts pour blessures. Pourvoi accueilli et action rejetée.

*H. T. Wheeldon* et *W. M. Holburn*, pour la défenderesse, appelante.

*R. S. Ross* et *G. M. Green*, pour le demandeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Le 26 juin 1970, un vendredi, le demandeur intimé, accompagné d'un groupe d'amis, se rendit au parc régional du Lac Aldergrove, un parc public exploité par la défenderesse appelante. L'intimé et ses amis se proposaient d'y camper en fin de semaine.

Dans le parc se trouve un lac artificiel ou un étang ainsi décrit dans l'arrêt de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] L'étang, de forme ovale, mesurait quelque 250 pieds par 300 pieds. Telle une cuvette, le fond était en pente uniforme à partir du rivage jusqu'au centre. Au milieu, sa profondeur maximum

slope, apparently all the way around the pool. It reached a maximum depth of 10 feet in the centre. At each end of the pool were areas marked off by floats, with signs indicating that children ought not to venture beyond the floats.

This swimming facility is fed by a spring.

Between midnight and one o'clock, five members of the party decided to go swimming. Respondent chose to stay behind but eventually decided to join the others. What followed is described in another extract from the judgment of the Court of Appeal:

The respondent proceeded from the campsite to the edge of the pool. The findings of the jury indicate that they were satisfied that the respondent ran into the pool and, having done so, apparently dived, struck his head on the bottom and was rendered unconscious. He was rescued from the pool by his companions and ultimately revived and taken to hospital after some considerable lapse of time. He was rendered a quadriplegic as a result of the accident.

Respondent started proceedings against appellant alleging that the accident was the result of the latter's negligence. Following a trial by a judge and jury, a judgment was given against appellant holding it partially to blame for the accident and ordering it to pay the total sum of $69,112.20. The amount of the damages is not in issue here.

The questions submitted to the jury and their answers relative to negligence read:

1. Was there any negligence on the part of the Defendant which caused or contributed to the occurrence?

A. Yes

2. If the answer to question No. 1 is "yes", then state fully of what the negligence of the Defendant consisted.

A. The facility is neither a lake or a pool but rather something in between and has some features in common to both.

It is reasonable that users might assume it is a pool or a lake. Having made this assumption, users would then have their own idea as to the shape of the facility under the water.

était de 10 pieds. A chaque extrémité de l'étang, des flotteurs délimitaient des endroits et étaient surmontés d'écriteaux indiquant que les enfants ne devraient pas dépasser les flotteurs.

Le bassin est alimenté par une source.

Entre minuit et une heure, cinq membres du groupe décidèrent d'aller se baigner. L'intimé demeura au camp mais choisit finalement de rejoindre les autres. La suite des événements est décrite dans un autre passage de l'arrêt de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] L'intimé partit du campement et se rendit au bord de l'étang. Les conclusions des jurés montrent qu'ils étaient convaincus que l'intimé s'est élancé dans l'étang en courant pour ensuite apparemment plonger, s'est heurté la tête contre le fond et a perdu connaissance. Ses compagnons l'ont sorti de l'eau et finalement ranimé et, après un bon moment, ils l'ont emmené à l'hôpital. Par suite de l'accident il est devenu quadriplégique.

L'intimé a entamé des procédures contre l'appelante alléguant que l'accident résultait de la négligence de celle-ci. A la suite d'un procès devant un juge et un jury, jugement a été rendu contre l'appelante la tenant partiellement responsable de l'accident et lui ordonnant de payer la somme totale de $69,112.20. Le montant des dommages n'est pas contesté ici.

Les questions soumises au jury et leurs réponses relativement à la négligence se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 1. Y a-t-il eu de la part de la défenderesse quelque négligence qui a causé l'accident ou y a contribué?

R. Oui

2. Si la réponse à la question n° 1 est «oui», énoncez alors dans les détails en quoi la négligence de la défenderesse a consisté.

R. Il s'agit ni d'un lac ni d'un étang mais plutôt de quelque chose d'intermédiaire ayant des caractéristiques communes aux deux.

Il est raisonnable que les usagers puissent penser que c'est un étang ou un lac. Ayant opté pour l'un ou l'autre, les usagers pourraient alors se faire eux-mêmes une idée quant à la forme de l'installation sous la surface de l'eau.

The appearance is sufficiently confusing that the owner should have recognized the need to clarify to any user the exact nature of the facility.

—shoreline

—floats at each end

—sign in middle of float doesn't indicate its area of application

—water unclear.

3. If the answer to question No. 1 is "yes", then was there any negligence on the part of the Plaintiff, Garth Olmstead, which caused or contributed to the occurrence?

A. Yes

4. If the answer to question No. 3 is "yes", then state fully of what the negligence of the Plaintiff, Garth Olmstead, consisted.

A. The Plaintiff was negligent because he did not observe the basic rules of safe swimming such as:

a) Unknown waters

b) Dark

c) Running dive

d) had been drinking

5. If the answer to question No. 1 is "yes", and the answer to question No. 3 is "yes", state in percentages the degree of fault or negligence attributable to each.

A. Plaintiff—70%
Defendant—30%

Upon a motion for judgment, in accordance with the verdict, the trial judge felt obliged to accept the verdict although he had this to say:

If I had been trying this case without a jury, I would have had no difficulty in finding that there was no evidence of negligence on the part of the defendant and that the plaintiff was not misled by anyone as to the depth of the water and was, in fact, aware, or should have been aware of the depth of the water.

And after a careful review of the evidence and of the relevant authorities, he concluded:

I am of the opinion that the jury did not follow any of the principles outlined by O'Halloran, J. A. in the *Faryna* case (supra) but "accepted and rejected the evidence of the witnesses in whole or in part" with-

L'apparence prête suffisamment à confusion que le propriétaire aurait dû reconnaître le besoin d'indiquer clairement, pour les usagers, la nature précise de l'installation.

—le rivage

—les flotteurs à chaque extrémité

—l'écriteau au milieu du flotteur n'indique pas quelle partie il vise

—l'eau embrouillée.

3. Si la réponse à la question n° 1 est «oui», y a-t-il eu de la part du demandeur, Garth Olmstead, quelque négligence qui a causé l'accident ou y a contribué?

R. Oui

4. Si la réponse à la question n° 3 est «oui», énoncez alors dans les détails en quoi la négligence du demandeur, Garth Olmstead, a consisté.

R. Le demandeur a été négligent parce qu'il n'a pas observé les régles élémentaires en matière de sécurité aquatique telles que:

a) Eaux inconnues

b) Obscurité

c) Plonger en courant

d) il avait consommé des boissons alcooliques

5. Si la réponse à la question n° 1 est «oui», et la réponse à la question n° 3 est «oui», énoncez en pourcentage le degré de faute ou de négligence que vous attribuez à chacun.

R. Demandeur—70%
Défenderesse—30%

Sur une requête pour jugement, conformément au verdict, le juge de première instance s'est senti lié par le verdict bien qu'il eût ceci à déclarer:

[TRADUCTION] Si j'avais eu à juger cette affaire sans jury, je n'aurais pas hésité à conclure qu'il n'y a aucune preuve de négligence de la part de la défenderesse, que personne n'a induit le demandeur en erreur quant à la profondeur de l'eau et que celui-ci connaissait, de fait, ou aurait dû connaître la profondeur de l'eau.

Après une étude attentive de la preuve et des autorités pertinentes, il a conclu:

Je suis d'avis que le jury n'a suivi aucun des principes énoncés par le juge d'appel O'Halloran dans l'arrêt *Faryna* (supra) mais qu'il a plutôt «accepté et rejeté les témoignages des témoins en tout ou en

out giving any consideration to consistency, harmony or logic. In my view, there should be, as a matter of law, some point at which this method of finding the facts should be considered wholly unreasonable and perverse and should be viewed as a means of securing a verdict for the plaintiff on sympathetic grounds. That point, in my opinion, was reached in this case.

The law appears, however, to give a complete discretion to the jury on questions of fact and the trial judge is powerless to interfere in this field, even though the trial judge would have been over-ruled if he made such findings of fact.

In the Court of Appeal, speaking for the Court, Taggart J. A., had this to say in an oral judgment:

On this appeal the appellant makes, really, one principal submission, which is divided into two parts. That submission is that the verdict of the jury was perverse, (a) because it had to pick and choose from amongst the evidence called on behalf of the respondent and (b) because there was no evidence upon which the jury could reach the conclusion that the appellant was negligent.

It is trite law that in reviewing the verdict of a jury I am not to be concerned with what conclusion I might have reached had I been the trial judge on this case. What I must do is to determine whether the jury was perverse in the sense submitted by counsel for the appellant.

I am not persuaded that there was perversity on the part of the jury. I think it was necessary for the jury, in reviewing the evidence called on behalf of the respondent, to be selective in the evidence which they utilized to reach their conclusion, both as to the negligence of the appellant and as to the negligence of the respondent. However, the fact that they had to do so does not in my view automatically mean that their verdict is perverse.

As to the second aspect of the argument advanced on behalf of the appellant, it is my view that there was evidence upon which the jury could, in the circumstances here, conclude that this defendant was negligent. I think the preliminary portion of the answer given by the jury to Question No. 2 is a clear indication of the factors which influenced the jury in their conclusion. They said:

> "The facility is neither a lake or a pool but rather something in between and has some features in common to both."

partie» sans tenir compte des facteurs de cohérence, de concordance ou de logique. A mon avis, la loi devrait indiquer à quel point les conclusions sur les faits devraient être considérées complètement déraisonnables et iniques et comme un moyen de rendre pour des motifs de compassion un verdict favorable au demandeur. A mon avis, ce point a été atteint en l'espèce.

Cependant, la loi semble laisser entière discrétion au jury sur les questions de fait et le juge de première instance n'a aucun pouvoir d'intervenir en la matière, même si une décision de celui-ci comportant mêmes conclusions de fait serait infirmée.

En Cour d'appel, le juge d'appel Taggart, parlant au nom de la Cour, a déclaré ceci dans un jugement prononcé oralement:

[TRADUCTION] Dans cet appel, l'appelante fait valoir, en réalité, un argument principal qui comprend deux parties. Cet argument est que le verdict du jury était inique, (a) parce qu'il a dû, parmi les dépositions des témoins convoqués par l'intimé, en prendre et en laisser et (b) il n'y avait aucune preuve permettant au jury de conclure à la négligence de l'appelante.

En examinant le verdict d'un jury, je ne dois évidemment pas me demander ce que j'aurais décidé si j'avais été le juge de première instance en l'espèce. Ma tâche est de décider si le jury a été inique dans le sens allégué par l'avocat de l'appelante.

Je ne suis pas convaincu qu'il y a eu de l'iniquité de la part du jury. Je pense que le jury se devait, en examinant les dépositions des témoins de l'intimé, d'exercer un choix judicieux des éléments de preuve qu'il a retenus pour en arriver à la conclusion qu'il y avait eu négligence tant de la part de l'appelante que de l'intimé. Cependant, le fait qu'il devait agir de la sorte ne signifie pas à mon avis qu'automatiquement son verdict est inique.

Quant au second point de l'argument mis de l'avant au nom de l'appelante, je crois que la preuve pouvait justifier le jury, dans les circonstances de l'espèce, de conclure à la négligence de la défenderesse. Je crois que la première partie de la réponse donnée par le jury à la question n° 2 indique clairement les facteurs qui ont influencé les conclusions des jurés. Ils disent:

> «Il s'agit ni d'un lac ni d'un étang mais plutôt de quelque chose d'intermédiaire ayant des caractéristiques communes aux deux.»

When that portion of their answer is taken into account, together with their subsequent indication that the appellant should have taken measures to clarify the nature of the facility, it seems clear to me that the jury is saying that the defendant was negligent in not taking sufficient measures to warn the public, and the respondent in particular, of the fact that it was unsafe to dive into the water because the water was shallow, near the edge of the pool, in all parts of the pool. The nature of the facility as described to us, it seems to me, could lead one to the conclusion that the middle area of the pool lying outside the floats marking the area for children was deeper than the two end areas and that it would be safe to dive into the water from or near the edge of the water.

While I might very well have reached a different conclusion than the jury reached, particularly with respect to the negligence attributed by the jury to the defendant, I am not persuaded that we should set aside the jury's verdict on the ground that it was perverse.

With respect, I am unable to share the conclusions of the Courts below. In my view, the sole cause of the accident was the negligence of respondent himself and accordingly the action should have been dismissed.

First, a word about the suggestion that a verdict should be "perverse" before it is set aside. To my mind, this word implies a moral turpitude which, in the present instance, has not been proven to exist. On this point, I would rather accept the statement of Lord Fitzgerald in *Metropolitan Railway Co. v. Wright*[1]:

The judgment of the noble and learned Earl who presided in the Court of Appeal imports that a verdict once found is not to be set aside unless it appears to be a verdict perverse or almost perverse. If my recollection does not mislead me, we have departed in this House, in several instances, from the old rule which introduced the element of "perversity", and have substituted for it that the verdict should not be disturbed unless it appeared to be not only unsatisfactory, but unreasonable and unjust. The question, then, for your Lordships' consideration is whether the evidence so preponderates against the verdict as to shew that it was unreasonable and unjust.

[1] (1886), 11 App. Cas. 152.

Lorsque cette partie de la réponse est prise en considération, en même temps que leur remarque postérieure que l'appelante aurait dû prendre des mesures pour clarifier la nature de l'installation, il me semble clair que les jurés déclarent que la défenderesse a été négligente en ne prenant pas des dispositions suffisantes pour prévenir le public, et l'intimé en particulier, qu'il était dangereux de plonger parce que l'eau était peu profonde près du bord de l'étang, et sur tout le pourtour. La nature de l'installation telle qu'elle nous a été décrite, pouvait faire croire, il me semble, que la partie médiane de l'étang située à l'extérieur des flotteurs délimitant la partie réservée aux enfants, était plus profonde que les deux extrémités et qu'il était possible d'y plonger du bord de l'eau ou près de celui-ci en toute sécurité.

Bien que j'aurais pu très facilement arriver à une conclusion différente de celle du jury, particulièrement quant à la négligence attribuée par le jury à la défenderesse, je ne suis pas convaincu que nous devrions infirmer le verdict pour le motif qu'il est inique.

Avec respect, je ne peux partager les conclusions des cours d'instance inférieure. A mon avis, la seule cause de l'accident a été la négligence de l'intimé lui-même et, par conséquent, l'action aurait dû être rejetée.

D'abord, un mot au sujet de la prétention qu'un verdict doit être «inique» pour qu'il soit infirmé. Dans mon esprit, ce mot implique une turpitude morale dont, en l'espèce, on n'a pas prouvé l'existence. Sur ce point, je retiendrais plutôt la déclaration de lord Fitzgerald dans l'arrêt *Metropolitan Railway Co. v. Wright*[1]:

[TRADUCTION] Le jugement du noble et savant Comte qui a présidé en Cour d'appel signifie qu'une fois un verdict prononcé, il ne doit pas être infirmé à moins qu'il n'apparaisse inique ou presque inique. Si ma mémoire m'est fidèle, à plusieurs occasions, nous nous sommes écartés en cette Chambre de l'ancienne règle qui avait introduit l'élément d'«iniquité» pour y substituer celle de l'immutabilité du verdict à moins que celui-ci soit non seulement non satisfaisant mais encore déraisonnable et injuste. Ainsi, la question que vos Seigneuries doivent considérer est si la prépondérance de la preuve va tellement à l'encontre du verdict qu'il apparaît que celui-ci était déraisonnable et injuste.

[1] (1886), 11 App. Cas. 152.

This test of reasonableness has repeatedly been stated by our Court. In 1894, in *The Saint John Gas Light Company v. Hatfield*[2], Gwynne J. said, at p. 169:

> . . .the well established rule of this Court is, that upon such pure matters of fact the court cannot interfere unless it be conclusively established that the findings of the jury are so entirely wrong, and so unwarranted by the evidence, as to justify the conclusion either that the jury did not appreciate their duty or acted wilfully in violation of it.

In *Jamieson v. Harris*[3], Nesbitt J. said, at p. 631:

> We fully recognize the principle that if the verdict could fairly be supported upon any evidence upon which reasonable men might come to a conclusion in its favour that it should not be set aside because the appellate court did not agree with the conclusions reached. We also fully agree that answers by a jury to questions should be given the fullest possible effect, and, if it is possible to support the same by any reasonable construction, they should be supported. It must, however, be borne in mind that where it is felt there has been a confusion of the issues at the trial and it is doubtful whether the attention of the jury was given to the real point in issue and the questions answered or unanswered because the jury say "can't answer" leave the real question in controversy in doubt and ambiguity, the cause of justice is best promoted by a new trial. Unless the answers given by the jury to the questions as a whole or to one or more of the questions fairly indicate a finding that the death of the workmen was proximately caused by some specific or definite act of negligence for which the defendant is answerable he cannot be held liable. Any number of findings of want of reasonable care in providing or using proper appliances for the work the defendant was engaged in constructing, could not justify the court in entering a verdict against the defendant unless there was a direct finding, or it must be irresistibly inferred from the findings made, that this negligence or want of care was the direct and proximate cause of the accident. That is the difficulty we find here.

[2] (1894), 23 S.C.R. 164.
[3] (1905), 35 S.C.R. 625.

Ce critère du verdict raisonnable a maintes fois été énoncé par notre Cour. En 1894, dans l'arrêt *The Saint John Gas Light Company c. Hatfield*[2], le juge Gwynne disait, à la p. 169:

> [TRADUCTION] . . . il est bien établi en cette Cour que, sur des questions strictement de fait, la cour ne peut pas intervenir à moins qu'il soit manifestement établi que les conclusions du jury sont si fausses et si peu fondées sur la preuve, qu'on soit justifié de conclure que le jury n'a pas compris son devoir ou qu'il a volontairement agi à l'encontre de ce devoir.

Dans l'arrêt *Jamieson c. Harris*[3], le juge Nesbitt déclarait, à la p. 631:

> [TRADUCTION] Nous reconnaissons pleinement le principe que si le verdict pouvait à bon droit se fonder sur quelque preuve de laquelle des personnes raisonnables pourraient tirer des conclusions à l'appui de ce verdict, celui-ci ne devrait pas être infirmé parce que la cour d'appel n'accepte pas les conclusions. Nous sommes aussi parfaitement d'avis qu'on doit donner effet autant que faire se peut aux réponses d'un jury aux questions et, s'il est possible d'y donner suite par quelque interprétation raisonnable, on doit le faire. Il faut, cependant, garder à l'esprit que lorsqu'on se rend compte que les questions en litige au procès étaient confuses et qu'il est douteux que l'attention du jury se soit portée sur la véritable question en litige et que les questions répondues ou non répondues parce que le jury déclare qu'«il ne peut pas répondre» laissent la véritable question en litige dans le doute et l'ambiguïté, la cause de la justice serait mieux servie par un nouveau procès. A moins que les réponses données par le jury aux questions dans leur ensemble, ou à une ou plusieurs questions, ne laissent clairement ressortir une conclusion que la mort des ouvriers a été immédiatement causée par un acte de négligence spécifique ou déterminé dont la responsabilité incombe au défendeur, il ne peut être tenu responsable. Une ou plusieurs conclusions que le défendeur a omis d'exercer une diligence raisonnable en fournissant ou en employant les outils nécessaires à l'ouvrage qu'il construisait, ne pourraient pas justifier la cour à consigner un verdict à l'encontre de ce défendeur à moins qu'il n'y ait une conclusion directe, ou qu'il découle nécessairement des conclusions, que cette négligence ou manque de diligence a été la cause directe et immédiate de l'accident. C'est là la difficulté que nous rencontrons ici.

[2] (1894), 23 R.C.S. 164.
[3] (1905), 35 R.C.S. 625.

The strength of the rule is evidenced by the judgment of Sir Louis Davies C.J., in *Scotland v. The Canadian Cartridge Company*[4], p. 477:

I say on this main and controlling issue I would as a juryman probably have found against the plaintiff. But that is not my province. I have only to determine whether in the conflict of evidence we have before us in this case, scientific and practical, we find enough to justify reasonable men in reaching the conclusion these jurymen did. After much consideration and thought I have reached the conclusion, though not without much doubt, that there is such evidence in the record and that I ought not, in view of the extreme jurisdiction which juries are permitted to have over questions of fact, to set aside their findings on mere doubts I may entertain or on my reaching on the reading of the evidence a conclusion different from that the jury reached. Now in this case the jury had the great advantage of seeing and hearing the witnesses and of judging how far and to what extent credit should be given to their statements.

Of course, the principle has been repeated in many judgments of this Court and it is sufficient at this time to refer to one other case, namely the classic decision of *McCannell v. McLean*[5], where Duff C.J. stated the rule that "the verdict of a jury will not be set aside as against the weight of evidence unless it is so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the Court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it." (p. 343) And after a review of the major authorities, he continued, at p. 345:

There being some evidence for the jury, that is to say, the evidence being of such a character that the trial judge could not properly have withdrawn the issue from the jury, the question whether, in such circumstances, a jury, considering the evidence as a whole, could not reasonably arrive at a given finding may be, it is obvious, a question of not a little nicety; and the power vested in the court of appeal to set aside a verdict as against the weight of evidence in that sense is one which ought to be exercised with

[4] (1919), 59 S.C.R. 471.
[5] [1937] S.C.R. 341.

La vigueur de la règle est mise en lumière par le jugement du juge en chef sir Louis Davies, dans *Scotland c. The Canadian Cartridge Company*[4], à la p. 477:

[TRADUCTION] Sur cette question principale et déterminante, il est probable que, si j'avais été juré, j'aurais conclu à l'encontre du demandeur. Mais cela n'est pas de mon ressort. Je n'ai qu'à décider si, dans les témoignages contradictoires de caractère scientifique et pratique déposés en l'espèce, nous avons suffisamment d'éléments justifiant des personnes raisonnables à en arriver à la conclusion des jurés. Après mûre considération et réflexion, j'ai conclu, bien que subsistent de nombreux doutes, que ces éléments existent au dossier et que je ne devrais pas, étant donné tout le pouvoir d'appréciation des jurés sur les questions de fait, écarter leurs conclusions en m'appuyant sur de simples doutes que je pourrais avoir ou sur le fait qu'à la lecture des témoignages je conclurais différemment. En l'espèce, les jurés ont eu le grand avantage de voir et d'entendre les témoins et d'apprécier jusqu'à quel point on pouvait ajouter foi à leurs déclarations.

Évidemment, le principe a été repris dans plusieurs décisions de cette Cour et, pour le moment, il sera suffisant de mentionner une autre affaire, soit l'arrêt classique *McCannell c. McLean*[5], où le juge en chef Duff a énoncé la règle que [TRADUCTION] «il n'y a pas lieu d'écarter le verdict d'un jury comme allant à l'encontre du poids de la preuve à moins qu'il ne soit nettement déraisonnable et injuste au point de convaincre la Cour qu'aucun jury examinant la preuve dans son ensemble et agissant de façon judiciaire n'aurait pu rendre ce verdict» (p. 343). Et après une étude des principales autorités, il continue, à la p. 345:

[TRADUCTION] En présence d'éléments de preuve à soumettre au jury, c'est-à-dire des éléments de preuve dont la nature n'aurait pas justifié le juge de première instance de retirer le point en litige du jury, la question de savoir si, en de telles circonstances, un jury considérant l'ensemble de la preuve n'aurait pu raisonnablement arriver à une conclusion donnée, peut être, il va sans dire, une question très délicate; et le pouvoir conféré à la cour d'appel d'écarter un verdict comme allant en ce sens à l'encontre du poids

[4] (1919), 59 R.C.S. 471.
[5] [1937] R.C.S. 341.

caution; it belongs, moreover, to a class of questions in the determination of which judges will naturally differ, and, as everyone knows, such differences of opinion do frequently appear.

All of the relevant cases make it abundantly clear that jury verdicts must be treated with considerable respect and must be accorded great weight. This does not mean however that they should be regarded with awe. In the case at bar, the evidence examined as a whole, in my view, did not permit a jury acting judicially to reach the conclusion that the appellant was negligent.

There is no doubt that the jury are entitled to believe certain witnesses and disbelieve others. They also have the right to choose only part of the evidence of any witness. These rights belonging to the jury permit them to discard plaintiff's own evidence on facts, about which other relevant evidence is adduced, at variance with his own. However, these rights do not extend to that area where only plaintiff is in a position to testify, *e.g.*, what he knew of the area where the accident took place and what he expected to find at that location.

In the present instance, the jury, therefore, had the right to conclude as they did that plaintiff took a running dive into the water and did not do a standing dive when at the edge of the water as he repeatedly maintained during his evidence. On that point, the jury could rely as they did on the evidence of one of plaintiff's companions, namely Chase, who stated that he heard plaintiff run into the water and take a splash, a point which he enlarged as follows in his cross-examination:

Q. You say you heard him run in and splash?

A. Yes.

Q. Did you hear him running through the water?
A. Yes.

Q. Do you know how many paces?
A. Five or six.

Q. Five or six paces into the water?
A. Yes.

de la preuve en est un qui doit être exercé avec prudence. De plus, pareille question se prête par nature à des divergences d'opinions au sein de la magistrature, chose fréquente comme chacun le sait.

Tous les arrêts pertinents indiquent très clairement qu'il faut traiter les verdicts des jurys avec beaucoup de respect et leur accorder beaucoup de poids. Cela ne signifie pas cependant qu'ils devraient nous en imposer. A mon avis, en l'espèce, l'ensemble de la preuve ne permettait pas à un jury agissant de façon judiciaire de conclure à la négligence de l'appelante.

Il n'y a pas de doute que les jurés peuvent croire certains témoins et refuser créance à d'autres. Ils peuvent aussi choisir de retenir une partie seulement du témoignage d'un témoin. Ces droits qu'ont les jurés, leur permettent d'écarter le propre témoignage du demandeur relativement aux faits sur lesquels des témoignages pertinents, différents du sien, ont été entendus. Cependant, ces droits ne s'étendent pas aux questions sur lesquelles seul le demandeur est en mesure de témoigner, p. ex. à ce qu'il connaissait de l'endroit où l'accident s'est produit et à ce qu'il s'attendait d'y trouver.

Dans la présente affaire, le jury avait par conséquent le droit de conclure, commme il l'a fait, que le demandeur a plongé en courant et non en se tenant immobile au bord de l'eau comme il l'a répété à maintes reprises durant son témoignage. Sur ce point, le jury pouvait s'appuyer, comme il l'a fait, sur le témoignage d'un compagnon du demandeur, un nommé Chase, qui a déclaré qu'il a entendu le demandeur courir et s'élancer dans l'eau, un point qu'il a élaboré comme suit en contre-interrogatoire.

[TRADUCTION] Q. Vous dites que vous l'avez entendu courir et s'élancer dans l'eau?
R. Oui.

Q. L'avez-vous entendu courir dans l'eau?
R. Oui.

Q. Savez-vous combien d'enjambées?
R. Cinq ou six.

Q. Cinq ou six enjambées dans l'eau?
R. Oui.

When the jury however came to give their reasons for their conclusion that plaintiff had been confused, they had no right to go beyond plaintiff's own evidence because he was the only one who could testify as to whether or not he had been confused by the situation. On the four reasons given by the jury on the point, the following comments are in order:

*Shoreline*

The evidence of plaintiff in cross-examination is as follows:

Q. Is it not correct that the slope of the sand down to the water is a very gradual slope?
A. From what point to the water?

Q. From the top of the sand down to the water?
A. A gradual slope?

Q. Yes.
A. A short slope.

A short distance from the peak to the water. How gradual—like, the angle, I don't know. It is quite steep.

Q. Steep? I must refer you again to Examination for Discovery. Questions 174, 178 and 181, my lord. 174; this is the question, Mr Olmstead:

Q. As you walk towards the edge of the water you were walking slightly downgrade?

A. That's correct.

Q. Do you remember being asked that question?

A. Would you repeat it, please?

Q. Certainly:
Q. As you walk towards the edge of the water you were walking slightly downgrade?

A. That's correct.

A. From the peak, yes.

Q. Down to the water?
A. Yes.

Q. Slightly downgrade?
A. That's right.

Q. You said just a moment ago that it was steep, did you not?
A. Well, it was a short, short distance to the water.

Cependant lorsque les jurés ont movité leur conclusion que le demandeur avait été induit en erreur, ils n'avaient pas le droit d'aller au-delà du propre témoignage du demandeur parce qu'il était le seul qui pouvait déclarer s'il avait été induit en erreur par la situation des lieux. Il y a lieu de commenter de la façon suivante les quatre raisons données par le jury sur ce point:

*Le bord de l'eau*

En contre-interrogatoire, le demandeur a déclaré ceci:

Q. N'est-il pas exact que la pente de sable vers l'eau est très douce?
R. A partir de quel point vers l'eau?

Q. A partir du haut du banc de sable jusqu'à l'eau?
R. Une pente douce?

Q. Oui.
R. Une courte pente.

La distance est courte du haut jusqu'à l'eau. A quel degré—comme l'angle, je ne sais pas. C'est assez à pic.

Q. A pic? Je dois vous renvoyer encore à l'interrogatoire préalable. Questions 174, 178 et 181, votre Seigneurie. 174; voici la question, M. Olmstead:
Q. Alors que vous vous dirigiez vers le bord de l'eau, vous descendiez une légère pente?

R. C'est exact.

Q. Vous rappelez-vous que cette question vous a été posée?

R. Voulez-vous la répéter s'il vous plaît?

Q. Certainement:
Q. Alors que vous vous dirigiez vers le bord de l'eau vous descendiez une légère pente?

R. C'est exact.

R. A partir du haut, oui.

Q. En vous dirigeant vers l'eau?
R. Oui.

Q. Vous descendiez légèrement?
R. C'est exact.

Q. Vous avez dit il y a un instant que c'était à pic n'est-ce pas?
R. Bien la distance pour se rendre à l'eau était courte, très courte.

Q. But we are talking about the grade now, not the distance.
A. All right.

Q. And you now agree that it was a gradual slope?

A. Yes.

*Floats at each end*

Again, plaintiff's evidence should be looked at:

Q. You did say in evidence that the reason you dove rather than waded into this pool was because there were floats at either end. Did I understand you correctly then?

A. Partially that, yes.

Q. But you would agree that the floats at either end didn't tell you anything about the middle portion?
A. No—could you repeat the question, please?

Q. I am asking you whether you agree that the fact that there were floats at either end didn't tell you anything about the depth in between those floats?
A. No. The signs didn't indicate any depth to me.

Q. The signs didn't—
A. The signs on the floats didn't indicate the depth in the middle, no.

Q. And even the fact that there were floats at either end didn't indicate anything about depth in the middle?
A. No, they didn't.

*Sign in middle of float*

Surely, this cannot be relevant, the accident having occurred between midnight and one a.m. on a dark night.

*Water unclear*

This condition was certainly known to plaintiff. Here again his evidence should be quoted:

Q. On the earlier occasion on which you went to the lake, was the water clear?
A. Clear in the sense that you could see the bottom?

Q. That you could see through it at all?

Q. Mais nous parlons de la pente maintenant et non pas de la distance.
R. Très bien.

Q. Et vous admettez maintenant que c'était une pente douce?
R. Oui.

*Les flotteurs à chaque extrémité*

Il faut encore examiner le témoignage du demandeur:

[TRADUCTION] Q. Vous avez dit dans votre témoignage que vous avez plongé dans l'eau plutôt que d'y entrer en marchant parce qu'il y avait des flotteurs à chaque extrémité. Est-ce que je vous ai bien compris?
R. Oui, en partie.

Q. Mais vous admettrez que les flotteurs à l'une ou l'autre des extrémités ne vous indiquaient rien sur la partie du milieu?
R. Non—pourriez-vous répéter la question s'il vous plaît?

Q. Je vous demande si vous admettez que la présence des flotteurs aux extrémités ne vous indiquait aucunement la profondeur entre ces flotteurs?
R. Non. Les écriteaux n'indiquaient aucune profondeur.

Q. Les écriteaux n'indiquaient—
R. Les écriteaux sur les flotteurs n'indiquaient pas la profondeur au milieu, non.

Q. Et même la présence des flotteurs aux extrémités ne fournissait aucune indication sur la profondeur au milieu?
R. Non, aucune indication.

*L'écriteau sur le flotteur*

Cet élément ne peut certainement pas être pertinent, l'accident s'étant produit entre minuit et une heure du matin, par une nuit sombre.

*L'eau embrouillée*

Cet état de l'eau était certainement connu du demandeur. Ici encore son témoignage devra être cité:

[TRADUCTION] Q. Lorsque vous étiez allé au lac auparavant, l'eau était-elle claire?
R. Claire dans le sens que vous pouvez voir le fond?

Q. Que vous pouviez y voir quelque chose?

A. No.

Q. It was really dirty, was it?
A. The bottom of the pool wasn't visible.

Q. You mean the deepest part?
A. Any part.

Q. You mean even one inch from the water's edge you couldn't see the bottom?
A. Oh, one inch, perhaps.

Q. One foot?
A. No. Perhaps. I can't honestly answer that. A foot from the edge of the water out could I see the bottom—I don't recall seeing the bottom.

Q. But you walked right along the water's edge right where you dove in on the 26th of June, did you not?
A. I didn't walk along there on the 26th of June.

Q. No. You walked along that edge one month before?
A. Yes.

Q. That was the same spot you dove in?
A. Yes.

THE COURT: Q. And on that day you couldn't see the bottom, is that right?
A. Pardon?

Q. On that day you couldn't see the bottom?
A. No.

Of the four points mentioned by the jury as sufficient to confuse plaintiff, one cannot have any merit because the accident occurred at night and the other three should have been decided against plaintiff on his own evidence which the jury did not have the right to discard.

The true cause of the accident on the evidence accepted by the jury is clearly the sole negligence of plaintiff who took a running dive into shallow water. The evidence discloses that when plaintiff's companions went to his rescue after the accident, the water only came above their knees which shows very clearly that when plaintiff dove in after his run into the water, the depth, to plaintiff's knowledge, was two feet at best. This finding, read with the other finding that one does not dive into unknown waters, makes it amply clear that the sole determining

R. Non.

Q. Elle était réellement malpropre, n'est-ce pas?
R. Le fond n'était pas visible.

Q. Vous voulez dire la partie la plus profonde?
R. Partout.

Q. Vous voulez dire que même à un pouce du bord de l'eau vous ne pouviez voir le fond?
R. Oh, à un pouce, peut-être.

Q. Un pied?
R. Non. Peut-être. Je ne puis vraiment répondre à cela. A un pied du bord de l'eau, est-ce que j'aurais pu voir le fond—je ne me rappelle pas avoir vu le fond.

Q. Mais vous avez marché le long du bord de l'eau jusqu'à l'endroit où vous avez plongé le 26 juin, n'est-ce pas?
R. Je n'ai pas marché à cet endroit le 26 juin.

Q. Non. Vous avez marché à cet endroit un mois auparavant?
R. Oui.

Q. Au même endroit où vous avez plongé?
R. Oui.

LE TRIBUNAL: Q. Et ce jour-là vous ne pouviez pas voir le fond, est-ce exact?
R. Pardon?

Q. Ce jour-là vous ne pouviez pas voir le fond?
R. Non.

Des quatre points mentionnés par le jury comme étant suffisants pour induire le défendeur en erreur, l'un n'a aucun fondement puisque l'accident s'est produit la nuit et les trois autres auraient dû être décidés à l'encontre du demandeur en se fondant sur son propre témoignage que le jury n'avait pas le droit d'écarter.

Selon la preuve acceptée par le jury la véritable cause de l'accident est clairement la seule négligence du demandeur qui a plongé en courant dans l'eau peu profonde. La preuve révèle que lorsque les compagnons du demandeur sont allés à son secours après l'accident, l'eau dépassait à peine la hauteur des genoux, ce qui montre clairement que lorsque le demandeur a plongé dans l'eau après sa course, la profondeur, à la connaissance du demandeur, était au plus de deux pieds. Cette conclusion, considérée avec l'autre conclusion que l'on ne plonge pas

cause of the accident was plaintiff's own fault. Here is an extract of his testimony in cross-examination:

Q. Is your evidence that you took off from the edge?
A. Took off? I don't understand the question.

THE COURT: Q. No. Did you dive from the edge?
A. Did I dive from the edge?

Q. Yes.
A. Of the water? Yes, I did.

MR. WHEELDON: Q. Were your feet in the water when you took off or were they still on the sand, can you recall?

A. At the edge, edge of the water. My toes could have been in the water.

THE COURT: Q. Did you say your toes were in the water?
A. I said they could have been. I was at the edge of the water.

MR. WHEELDON: Q. Did you run down to the edge?

A. Run down to the edge from where?

Q. Run down to the edge of the water before you dove?
A. No, I did not.

Q. Quite certain of that?
A. Yes.

Q. Do you think it is safe to run down and dive?

A. No, I don't think it is safe to run down and dive.

THE COURT: I couldn't hear that answer.

MR. WHEELDON: "I don't think it would be safe to run down and dive".

Q. Why is that, Mr. Olmstead?
A. To run and dive into a pool, why do I think it is unsafe?

Q. Yes.
A. Common sense tells you it is unsafe.

Q. Yes.
A. Common sense tells you it is unsafe.

Q. Are we talking about diving this night at Aldergrove?
A. Yes.

en des eaux inconnues, montre clairement que la seule cause déterminante de l'accident a été la propre faute du demandeur. Voici un passage de son témoignage en contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Q. Vous dites que vous vous êtes élancé du bord?
R. Élancé? Je ne comprends pas la question.

LE TRIBUNAL: Q. Non. Avez-vous plongé du bord?
R. Est-ce que j'ai plongé du bord?

Q. Oui.
R. De l'eau? Oui.

M. WHEELDON: Q. Est-ce que vos pieds étaient dans l'eau lorsque vous vous êtes élancé ou étiez-vous encore sur le sable, pouvez-vous vous en rappeler?
R. Sur le bord, le bord de l'eau. Mes orteils auraient pu être dans l'eau.

LE TRIBUNAL: Q. Avez-vous dit que vos orteils étaient dans l'eau?
R. J'ai dit qu'ils auraient pu l'être. J'étais sur le bord de l'eau.

M. WHEELDON: Q. Avez-vous couru en direction du bord?
R. Couru vers le bord d'où?

Q. Couru en direction du bord de l'eau avant de plonger?
R. Non je ne l'ai pas fait.

Q. Vous êtes très sûr de cela?
R. Oui.

Q. Croyez-vous qu'il est prudent de plonger en courant?
R. Non, je ne pense pas qu'il est prudent de plonger en courant.

LE TRIBUNAL: Je n'ai pas pu entendre cette réponse.

M. WHEELDON: «Non, je ne pense pas qu'il est prudent de plonger en courant.»

Q. Pourquoi cela, M. Olmstead?
R. Plonger en courant dans un étang, pourquoi je pense que c'est imprudent?

Q. Oui.
R. Le bon sens vous dit que c'est imprudent.

Q. Oui.
R. Le bon sens vous dit que c'est imprudent.

Q. Est-ce que nous parlons de plonger cette nuit-là à Aldergrove?
R. Oui.

Q. You say common sense would have told you that was unsafe?
A. That night or any other night.

Q. Why would it be unsafe?
A. For the simple reason of common sense. You just don't run and dive into pools.

Q. I am asking you why not?
A. And I am telling you because of common sense.

Q. What does common sense tell you?
A. It tells me not to run and dive into it.

Q. Are you saying, Mr. Olmstead, that it would be dangerous because if you don't know how deep the water is you might hit your head?

A. Yes, that is common sense.

Q. And I suggest to you that that applies even if you do a standing dive?
A. Yes.

Q. However, you did do a standing dive at night into water that you say you don't know how deep it was?
A. No, I didn't measure it. I don't know how deep it was.

Q. And you agree that common sense would tell you that that was a dangerous thing to do?
A. It does now.

Q. Or even then?
A. Yes.

On the whole I have no hesitation to conclude that no jury acting judicially could have, on the whole of the evidence, found that the accident was the result of the appellant's negligence. As a matter of fact, this is a case where I would be inclined to say that there was no evidence to go before a jury so that we have the right and the duty to set aside the verdict. cf. *Grey Coach Lines Ltd. v. Payne*[6]. In the circumstances of this case, there was no obligation on appellant to protect respondent against his own imprudence.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the verdict of the jury and the judgments of the Courts below and dismiss the action, the whole with costs.

*Appeal allowed with costs.*

[6] [1945] S.C.R. 614.

Q. Vous dites que le bon sens vous aurait dit que c'était imprudent?
R. Cette nuit-là ou n'importe quelle autre nuit.

Q. Pourquoi cela aurait-il été imprudent?
R. Pour des simples raisons de bon sens. Ça ne se fait pas plonger en courant dans l'eau.

Q. Je vous demande pourquoi pas?
R. Et je vous dis que c'est en raison du bon sens.

Q. Qu'est-ce que le bon sens vous dit?
R. Il me dit de ne pas plonger en courant.

Q. Est-ce que vous dites, M. Olmstead, que ce serait dangereux parce que si vous ne connaissez pas la profondeur de l'eau vous pouvez vous frapper la tête?
R. Oui, c'est le bon sens.

Q. Et n'est-il pas vrai que cela s'applique même si vous vous arrêtez avant de plonger?
R. Oui.

Q. Cependant, après vous être arrêté, vous avez plongé la nuit dans une eau dont vous dites ne pas connaître la profondeur?
R. Non, je ne l'ai pas mesurée. Je ne sais pas quelle était la profondeur.

Q. Et vous admettez que le bon sens vous aurait dit que c'était dangereux d'agir ainsi?
R. Maintenant oui.

Q. Ou même à ce moment-là?
R. Oui.

Somme toute, je n'ai pas d'hésitation à décider qu'aucun jury agissant de façon judiciaire n'aurait pu, selon l'ensemble de la preuve, conclure que l'accident a été le résultat de la négligence de l'appelante. En fait il s'agit ici d'un cas où je serais porté à dire qu'il n'y avait aucun élément de preuve à soumettre au jury de sorte que nous avons le droit et le devoir d'infirmer le verdict. cf. *Grey Coach Lines Ltd. c. Payne*[6]. Dans les circonstances, l'appelante n'avait aucune obligation de protéger l'intimé contre sa propre imprudence.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'acceuillir le pourvoi, d'infirmer le verdict du jury et les jugements des cours d'instance inférieure et de rejeter l'action, le tout avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

[6] [1945] R.C.S. 614.

*Solicitors for the defendant, appellant: Alexander, Guest, Wolfe, Holburn & Beaudin, Vancouver.*

*Solicitor for the plaintiff, respondent: Robert Duncan Ross, Vancouver.*

*Procureurs du défendeur, appelant: Alexander, Guest, Wolfe, Holburn & Beaudin, Vancouver.*

*Procureur du demandeur, intimé: Robert Duncan Ross, Vancouver.*

**J.D.F. Builders Limited** *Appellant and Cross-Respondent*;

and

**Albert Pearl (Management) Ltd.** *Respondent and Cross-Appellant*;

and

**John D. Fienberg** *Cross-Respondent.*

1974: January 25, 28; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie and Spence JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Bills of Exchange—Promissory note—Execution—Subscription by controlling shareholder of corporation under stamped name of corporation—Whether controlling shareholder bound as an individual—Consideration—Note covering debt of promisor and debt of another—Liability of promisor.*

Albert Pearl (Management) Limited claimed payment on a promissory note, dated March 1, 1967, for $151,982, the original of which was subscribed "J.D.F. Builders Ltd. 'J. D. Fienberg' ". The letters and words "J.D.F. Builders Ltd." appeared in ink stamping above the handwritten signature "J.D. Fienberg". The promissory note had been given to cover indebtedness of J.D.F. Builders Limited and J.D. Fienberg to Pearl totalling $151,982, all of which was long overdue and only partially secured. The writ sought payment of the principal of the note with interest as against both the defendants J.D.F. Builders Limited and John D. Fienberg. The trial judge made findings of fact expressly based on credibility that the defendant had signed the note, despite a complete denial in Fienberg's defence of any knowledge as to the making of the note, and took the view that the note was the joint note of both defendants. Judgment at trial was for the full amount plus interest against both defendants. The Court of Appeal concluded that Fienberg was not personally liable and affirmed the judgment against J.D.F. Builders Limited but in a reduced amount, concluding that there was no consideration for part of the debt *vizt.* payments made by Pearl to J.D.F. Holdings Limited for the J.D. Fienberg Children's Trusts.

*Held*: The appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed in part.

**J.D.F. Builders Limited** *Appelante et intimée par pourvoi incident*;

et

**Albert Pearl (Management) Ltd.** *Intimée et appelante par pourvoi incident*;

et

**John D. Fienberg** *Intimé par pourvoi incident.*

1974: les 25 et 28 janvier; 1974: le 1er octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie et Spence.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Lettres de change—Billet à ordre—Signature—Signé par l'actionnaire majoritaire d'une compagnie au-dessous du nom estampé de la compagnie—L'actionnaire majoritaire est-il personnellement engagé? Contrepartie—Billet pour la dette du souscripteur et la dette d'un tiers—Responsabilité du souscripteur.*

Albert Pearl (Management) Limited a réclamé le paiement d'un billet à ordre, en date du 1er mars 1967, de $151,982; le document original avait été signé «J.D.F. Builders Ltd. 'J.D. Fienberg'». Les lettres et les mots «J.D.F. Builders Ltd.» avaient été portés à l'aide d'un tampon encreur au-dessus de la signature «J.D. Fienberg» faite à la main. Le billet à ordre avait été remis en contrepartie des dettes de J.D.F. Builders Limited et de J.D. Fienberg envers Pearl, pour une somme totale de $151,982, dettes qui étaient depuis longtemps échues et qui n'étaient que partiellement garanties. Le bref réclamait le paiement du montant du billet plus les intérêts aux deux défendeurs J.D.F. Builders Limited et John D. Fienberg. Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait, fondées expressément sur la crédibilité, selon lesquelles le défendeur Fienberg avait signé le billet, malgré que dans sa défense il eût totalement démenti avoir eu quelque connaissance que ce soit de la souscription du billet, et il a été d'opinion que le billet était le billet conjoint des deux défendeurs. Le jugement de première instance a condamné les deux défendeurs à payer le montant total, plus les intérêts. La Cour d'appel a conclu que Fienberg n'était pas personnellement responsable et elle a confirmé le jugement contre J.D.F. Builders Limited mais elle a réduit le montant, décidant qu'il n'existait aucune contrepartie pour cette partie de la créance, soit les paiements faits par Pearl à J.D.F. Builders Limited pour les fiducies des enfants J.D. Fienberg.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être rejeté; le pourvoi incident doit être accueilli en partie.

The method of execution of the note, and the evidence of Albert Pearl lead to the conclusion of the Court of Appeal that the note did not evidence the personal debt of Fienberg. The authority of Fienberg to bind the company was clear as execution of this note was in the ordinary course of business of the corporation and the rule in *Eisenberg v. Bank of Nova Scotia et al.*, [1965] S.C.R. 681 applied so the Court of Appeal correctly bound J.D.F. Builders Ltd. liable on the note. The Court of Appeal erred in so far as it reduced the amount thereof for reason of want of consideration. So long as consideration flowed from the promissee of the note it did not matter that the consideration so far as it was in reference to one of the debtors did not flow to the other debtor, in this case the promisor J.D.F. Builders Limited. The relationship between this personal debtor and this company debtor was such as would supply consideration for the portion of the note representing the payments made for the benefit of the Children's Trusts.

*Eisenberg v. Bank of Nova Scotia et al.*, [1965] S.C.R. 681 applied; *Royal British Bank v. Turquand* (1856), 6 El. & Bl. 327; *Westcott v. Luther*, [1933] S.C.R. 251; *Bonior v. A. Siery Limited*, [1968] N.Z.L.R. 254; *Oliver v. Davis et al.*, [1949] 2 K.B. 727; *Hutchison v. The Royal Institution for the Advancement of Learning*, [1932] S.C.R. 57; *Crears v. Hunter* (1887), 19 Q.B.D. 341 referred to.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Court of Appeal[1] allowing in part an appeal from a judgment of Donohue J. at trial[2]. Appeal dismissed, cross-appeal allowed in part.

*Melville O'Donohue, Q.C.*, and *Alan R. Purser*, for the Appellant and Cross-Respondents.

*Fred M. Catzman, Q.C.*, and *Marvin A. Catzman*, for the Respondent and Cross-Appellant.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal by J.D.F. Builders Limited from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on December 14, 1972, whereby that Court allowed, in part, the appeal from the judgment of Donohue J.

[1] [1973] 1 O.R. 594.
[2] [1972] 1 O.R. 208.

La méthode de signature du billet et le témoignage de Albert Pearl ont amené la Cour d'appel à conclure que le billet ne constatait pas la dette personnelle de Fienberg. Le pouvoir de Fienberg d'engager la compagnie était évident puisque cette signature entrait dans le cours ordinaire des affaires de la compagnie et la règle de l'arrêt *Eisenberg c. La Banque de la Nouvelle-Écosse et autres*, [1965] R.C.S. 681 s'appliquait; ainsi, la Cour d'appel a décidé à bon droit que J.D.F. Builders Ltd. était responsable sur le billet. La Cour d'appel a commis une erreur dans la mesure où elle en a réduit le montant au motif qu'il n'y avait pas de contrepartie. Tant et aussi longtemps que la contrepartie venait du bénéficiaire du billet, il était sans importance que la contrepartie dans la mesure où elle se rapportait à un des débiteurs n'aille pas à l'autre débiteur, en l'espèce le souscripteur, J.D.F. Builders Limited. La relation entre le débiteur personnel et la compagnie débitrice était de nature à fournir contrepartie pour la partie du billet correspondant aux paiements effectués au profit des fiducies des enfants.

Arrêt appliqué: *Eisenberg c. La Banque de la Nouvelle-Écosse et autres*, [1965] R.C.S. 681. Arrêts mentionnés: *Royal British Bank v. Turquand* (1856), 6 El. & Bl. 327; *Westcott c. Luther*, [1933] R.C.S. 251; *Bonior v. A. Siery Limited*, [1968] N.Z.L.R. 254; *Oliver v. Davis et al.*, [1949] 2 K.B. 727; *Hutchison c. The Royal Institution for the Advancement of Learning*, [1932] R.C.S. 57; *Crears v. Hunter* (1887), 19 Q.B.D. 341.

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel[1] qui a accueilli en partie un appel d'un jugement de première instance du juge Donohue[2]. Pourvoi rejeté, pourvoi incident accueilli en partie.

*Melville O'Donohue, c.r.*, et *Alan R. Purser*, pour l'appelante et les intimés par pourvoi incident.

*Fred M. Catzman, c.r.*, et *Marvin A. Catzman*, pour l'intimée et l'appelante par pourvoi incident.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le pourvoi, interjeté par J.D.F. Builders Limited, porte sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario du 14 décembre 1972 accueillant partiellement l'appel interjeté contre le jugement que le juge Donohue a prononcé le

[1] [1973] 1 O.R. 594.
[2] [1972] 1 O.R. 208.

pronounced on September 9, 1971. By the latter, Donohue J. had allowed judgment against both the defendants J.D.F. Builders Limited and John D. Fienberg in the sum of $164,777.59 with interest.

The judgment of the Court of Appeal directed the dismissal without costs of the action as against the defendant John D. Fienberg and reduced the judgment against the defendant J.D.F. Builders Limited to the sum of $151,-888.46 plus interest at seven per cent from December 12, 1972. This was the calculation resulting from the allowance of judgment for $84,500 with interest from the date of the promissory note to which reference will be made hereafter.

Albert Pearl (Management) Limited is a private company of which the sole beneficial shareholder is Albert Pearl. J.D.F. Builders Limited is another private company, the shareholders of which are three more private companies and the shareholders, in turn, of those three companies are the defendant John D. Fienberg and John D. Fienberg's Children's Trusts. There were other single shareholders of both J.D.F. Builders Limited and the three other private companies but they were all mere nominees of the defendant John D. Fienberg and had no beneficial interest.

Albert Pearl was a chartered accountant carrying on business in the City of Toronto and he acted as auditor for J.D.F. Builders Limited and the three other companies. He was also the trustee of the trusts for the children of the defendant John D. Fienberg.

In the year 1956, Albert Pearl gave up his public accounting practice and began to devote the bulk of his time to the business affairs of John D. Fienberg and his network of companies. He became owner of a considerable major share in the capital of two of those companies Anlouis Investments Limited and Key Investments Limited and became, moreover, the Chief Executive Officer of those companies.

Prior to 1961, J.D.F. Builders Limited, who were in the construction business and particularly the construction of homes, entered into what would amount to a four-way partnership with three other building corporations and in 1961 this partnership was turned into a public

9 septembre 1971. Dans ce dernier, le juge Donohue avait condamné les défendeurs, J.D.F. Builders Limited et John D. Fienberg, à verser la somme de $164,777.59, ainsi que les intérêts.

Dans son arrêt, la Cour d'appel a ordonné le rejet sans dépens de l'action quant au défendeur John D. Fienberg, et a réduit à $151,888.46, plus les intérêts à sept pour cent à compter du 12 décembre 1972, le montant que la défenderesse J.D.F. Builders Limited était condamnée à verser. Cette somme correspond au montant de jugement octroyé, soit $84,500, et aux intérêts calculés à compter de la date du billet à ordre dont il sera fait mention ci-après.

Albert Pearl (Management) Limited, compagnie privée, a pour seul actionnaire véritable M. Albert Pearl. Les actionnaires de J.D.F. Builders Limited, autre compagnie privée, sont trois compagnies encore plus privées dont les actionnaires sont M. John D. Fienberg, défendeur, et les fiducies des enfants de John Fienberg. Certaines autres personnes étaient actionnaires à la fois de J.D.F. Builders Limited et des trois autres compagnies privées, mais elles ont toutes été purement et simplement désignées à ce titre par M. John D. Fienberg et n'avaient aucun droit.

M. Albert Pearl, comptable agréé qui exerçait sa profession à Toronto, a agi en qualité de vérificateur de J.D.F. Builders Limited et des trois autres compagnies. Il était également le fiduciaire des fiducies créées au profit des enfants de M. John D. Fienberg.

En 1956, M. Albert Pearl a cessé d'exercer sa profession de comptable public; il a alors commencé à consacrer la plus grande partie de son temps aux affaires et compagnies de M. John D. Fienberg. Il a acquis une participation considérable dans le capital de deux de ces compagnies, Anlouis Investment Limited et Key Investments Limited, dont il est devenu en outre le principal agent d'administration.

Avant 1961, J.D.F. Builders Limited, entreprise de construction, et en particulier de construction de maisons, a formé avec trois autres entreprises de construction une association quadripartite. En 1961, cette association s'est transformée en une compagnie publique connue sous

company known as Consolidated Building Corporation Limited. Its capitalization of one million shares was divided equally among four original partner companies of whom the defendant J.D.F. Builders Limited was one. The value of the shares of Consolidated Building Corporation escalated astoundingly in the period from 1960 through to about 1964.

On December 9, 1960, the plaintiff Albert Pearl (Management) Limited entered into an agreement with one of the Fienberg companies, J.D.F. Holdings Limited, whereby Albert Pearl (Management) Limited agreed to sell and J.D.F. Holdings Limited to purchase the former's shares in both Anlouis Investments Limited and Key Investments Limited for the total of $132,-333 to be paid for $5,333 in cash and the balance in yearly instalments of at least $5,000 without interest. In short, the defendant J.D. Fienberg was buying out Albert Pearl's interest, which he had put into his company Albert Pearl (Management) Limited, in both Anlouis and Key. Payments were made on this indebtedness and those payments are all set out in the statement produced at trial and marked Exhibit 6. That statement shows a balance due to Albert Pearl (Management) Limited on December 20, 1966, of $4,500.

After the agreement aforesaid for the purchase of Albert Pearl's interest in Anlouis and Key, Albert Pearl and John D. Fienberg agreed that Albert Pearl should use the moneys which he received for two purposes: Firstly, to purchase Consolidated Building Corporation's shares both common and preferred and share warrants for and on account of J.D.F. Builders Limited, and, secondly, to make payments into John D. Fienberg's Children's Trusts. Albert Pearl testified that Fienberg's purpose as explained to him, Pearl, was to reduce Fienberg's estate and increase the estate of his children.

Toward the end of the year 1966, Pearl and his wholly-owned company Albert Pearl (Management) Limited found they were in the position of having expended a very large sum of money in carrying out these two purposes and were most insufficiently secured having in hand merely a certain number of shares of Consolidated Building Corporation, part of those

le nom de Consolidated Building Corporation Limited. Quatre compagnies fondatrices, dont la J.D.F. Builders Limited, se sont partagées également son capital de un million d'actions. La valeur des actions de Consolidated Building Corporation a augmenté de façon stupéfiante de 1960 jusque vers 1964.

Le 9 décembre 1960, la demanderesse Albert Pearl (Management) Limited a conclu avec l'une des compagnies de M. Fienberg, la J.D.F. Holdings Limited, un accord par lequel elle acceptait, pour la somme totale de $132,333 dont 5,333 dollars seraient payés comptant et le solde en versements annuels d'au moins $5,000 sans intérêt, de vendre à cette dernière, qui acceptait d'acheter, ses actions de Anlouis Investments Limited et de Key Investments Limited. En résumé, le défendeur J.D. Fienberg a acheté les droits que M. Albert Pearl détenait dans Anlouis et la Key, droits que celui-ci avait investis dans sa compagnie, Albert Pearl (Management) Limited. Des versements ont été faits en rapport avec cette créance et ils sont tous indiqués dans le relevé produit lors de l'instruction sous la cote pièce nº 6. Selon ce relevé, un solde débiteur de $4,500 était exigible par Albert Pearl (Management) Limited le 20 décembre 1966.

Postérieurement à l'accord susdit portant sur l'achat des droits de M. Albert Pearl dans Anlouis et Key, M. Albert Pearl et M. John D. Fienberg ont convenu que M. Albert Pearl affecterait à deux fins les sommes par lui reçues: premièrement à l'achat d'actions ordinaires ou privilégiées, ainsi que de titres au porteur, de Consolidated Building Corporation, pour le compte de J.D.F. Builders Limited, et en second lieu à des versements aux fiducies des enfants de John D. Fienberg. Selon le témoignage de M. Albert Pearl, M. Fienberg lui a expliqué qu'il voulait réduire son patrimoine et accroître celui de ses enfants.

Vers la fin de l'année 1966, M. Pearl et Albert Pearl (Management) Limited, sa compagnie en propriété exclusive, se sont aperçus qu'ils avaient dépensé de très grosses sommes d'argent pour atteindre ces deux fins et qu'ils étaient très insuffisamment protégés, n'ayant en main qu'un certain nombre d'actions de la Consolidated Building Corporation, dont une partie

purchased from the various brokers for and on account of J.D.F. Builders Limited. Albert Pearl also discovered, in addition to those purchases of Consolidated Building Corporation shares which he had been carrying out upon the instructions of John D. Fienberg, that John D. Fienberg personally and in the names of various other persons, had been carrying on tremendous purchases in the same Building Corporation's shares all for J.D.F. Builders Limited so that J.D.F. Builders Limited had become indebted to a bank for a very large sum of money and had had to pledge all the shares in the said Consolidated Building which it had acquired from both Albert Pearl (Management) Limited in the fashion aforesaid and from these other transactions.

In the meantime, it would appear that the fall in the value of the Consolidated Building Corporation shares had been just as startling as its rise. Albert Pearl became very concerned and had a series of discussions with John D. Fienberg and in February 1967, during these discussions, he prepared a statement showing the current state of the account between him, on one hand, and J.D.F. Builders Limited and John D. Fienberg, on the other. This statement was produced at trial and marked Exhibit 13. I set out that statement in full:

était des actions achetées aux divers courtiers pour le compte de J.D.F. Builders Limited. M. Albert Pearl s'est également rendu compte que, outre les achats d'actions de la Consolidated Building Corporation qu'il avait effectués conformément aux instructions de M. John D. Fienberg, ce dernier avait, personnellement et au nom de diverses autres personnes, effectué des achats énormes d'actions de la même Building Corporation pour le compte exclusif de J.D.F. Builders, de sorte que cette dernière devait à une banque une très grosse somme d'argent et qu'elle avait dû donner en garantie toutes les actions de ladite Consolidated Building, qu'elle avait acquises tant de Albert Pearl (Management) Limited de la façon précitée qu'à la suite de ces autres opérations.

Dans l'intervalle, il semble que la chute de valeur des actions de la Consolidated Building Corporation ait été tout aussi foudroyante que leur montée. M. Albert Pearl, devenu très inquiet, a eu une série d'entretiens avec M. John D. Fienberg; en février 1967, il a, au cours de ces entretiens, rédigé le relevé courant de ses comptes avec la J.D.F. Builders Limited et M. John D. Fienberg. Ce relevé a été produit à l'instruction sous la cote pièce n° 13. Voici son contenu:

ROBERT PEARL
ACCOUNT WITH J.D.F. BUILDERS LIMITED.

| | Advance | *Interest |
|---|---|---|
| Dec. 30, 1960—J.D.F. Children | $ 5,000.00 | $ 2,096.00 |
| Dec. 12, 1961—J.D.F. Children | 5,000.00 | 1,706.00 |
| Dec. 28, 1961—Thomson & McKinnon | 20,000.00 | 7,031.00 |
| Jan. 16, 1962—Thomson & McKinnon | 5,000.00 | 1,740.00 |
| Jun. 1, 1962—Thomson & McKinnon | 5,000.00 | 1,598.00 |
| Jun. 4, 1962—R.H. Scarlett & Co. Ltd. | 3,000.00 | 958.00 |
| Jun. 27, 1962—Thomson & McKinnon | 2,500.00 | 788.00 |
| July 3, 1962—Thomson & McKinnon | 2,000.00 | 617.00 |
| Dec. 11, 1962—J.D.F. Children | 5,000.00 | 1,327.00 |
| Jan. 28, 1963—J.D.F. | 1,470.00 | 380.00 |
| May 14, 1963—Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith, Inc. | 14,000.00 | 3,483.00 |

ROBERT PEARL
COMPTE AVEC LA J.D.F. BUILDERS LIMITED.

| | Avances | *Intérêts |
|---|---|---|
| le 30 déc. 1960—enfants J.D.F. | $ 5,000.00 | $ 2,096.00 |
| le 12 déc. 1961—enfants J.D.F. | 5,000.00 | 1,706.00 |
| le 28 déc. 1961—Thomson & McKinnon | 20,000.00 | 7,031.00 |
| le 16 jan. 1962—Thomsom & McKinnon | 5,000.00 | 1,740.00 |
| le 1 juin 1962—Thomson & McKinnon | 5,000.00 | 1,598.00 |
| le 4 juin 1962—R.H. Scarlett & Co. Ltd. | 3,000.00 | 958.00 |
| le 27 juin 1962—Thomson & McKinnon | 2,500.00 | 788.00 |
| le 3 juil. 1962—Thomson & McKinnon | 2,000.00 | 617.00 |
| le 11 déc. 1962—enfants J.D.F. | 5,000.00 | 1,327.00 |
| le 28 jan. 1963—J.D.F. | 1,470.00 | 380.00 |
| le 14 mai 1963—Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith, Inc. | 14,000.00 | 3,483.00 |

| | Advance | *Interest |
|---|---|---|
| July 24, 1963—Waite, Reid & Co. Ltd. | 13,000.00 | 3,050.00 |
| Aug. 14, 1963—Waite, Reid & Co. Ltd. | 14,000.00 | 3,225.00 |
| Dec. 10, 1963—J.D.F. Children | 5,000.00 | 973.00 |
| Dec. 14, 1964—J.D.F. Children | 5,000.00 | 630.00 |
| Jan. 16, 1965—Waite, Reid & Co. Ltd. | 2,000.00 | 209.00 |
| Dec. 9, 1965—J.D.F. Children | 5,000.00 | 318.00 |
| Jun. 21, 1966—Draper Dobie & Co. Ltd. | 2,000.00 | 207.00 |
| Dec. 20, 1966—J.D.F. Children | 5,000.00 | 9.00 |
| Feb. 12, 1962—Thomson & McKinnon | 2,000.00 | 667.00 |
| | $120,970.00 | $31,012.00 |
| | 31,012.00 | |
| TOTAL | $151,982.00 | |

*Interest at 6% compounded yearly to March 1st, 1967.

It will be noted that it ends with a total figure of $151,982 which was the amount of the promissory note to which reference will be made hereafter.

Exhibit 13 was presented by Albert Pearl to John D. Fienberg. Albert Pearl testified:

A. Well, I discussed with Mr. Fienberg the possibility and the desirability of obtaining a note.

Q. Yes.

A. And to give specific tangibility to the indebtedness that was owing to Albert Pearl.

Albert Pearl testified that John D. Fienberg asked him to leave Exhibit 13 with him so that he could check it and John D. Fienberg undertook to contact him later and state if it was in order to execute the note. He further testified that upon receiving word from John D. Fienberg's secretary that he had checked and approved Ex. 13 and would execute the note, he himself took the form of promissory note produced at trial as Ex. 1, with a typewriter filled in the blanks as they appeared, and imprinted a stamp which he had in his office reading "J.D.F. Builders Limited" and then placed the note in a folder, attended Fienberg's office and presented the folder with the note in it to John D. Fienberg. He continued his testimony that some short time later, upon receiving another telephone call from John D. Fienberg's secretary,

| | Avances | *Intérêts |
|---|---|---|
| le 24 juil. 1963—Waite, Reid & Co. Ltd. | 13,000.00 | 3,050.00 |
| le 14 août 1963—Waite, Reid & Co. Ltd. | 14,000.00 | 3,225.00 |
| le 10 déc. 1963—enfants J.D.F. | 5,000.00 | 973.00 |
| le 14 déc. 1964—enfants J.D.F. | 5,000.00 | 630.00 |
| le 16 jan. 1965—Waite, Reid & Co. Ltd. | 2,000.00 | 209.00 |
| le 9 déc. 1965—enfants J.D.F. | 5,000.00 | 318.00 |
| le 21 juin 1966—Draper Dobie & Co. Ltd. | 2,000.00 | 207.00 |
| le 20 déc. 1966—enfants J.D.F. | 5,000.00 | 9.00 |
| le 12 fév. 1962—Thomson & McKinnon | 2,000.00 | 667.00 |
| | $120,970.00 | $31,012.00 |
| | 31,012.00 | |
| TOTAL | $151,982.00 | |

*Intérêts à 6 p. 100 composés annuellement jusqu'au 1er mars 1967.

On remarquera qu'à la fin de ce relevé, figure un total de $151,982, chiffre correspondant au montant du billet à ordre dont il sera fait mention par la suite.

M. Albert Pearl a soumis la pièce nº 13 à M. John D. Fienberg. Monsieur Albert Pearl a déclaré lors de son témoignage:

[TRADUCTION] R. Eh bien, je me suis entretenu avec M. Fienberg de la possibilité et de l'opportunité d'obtenir un billet.

Q. Oui.

R. Et de donner une marque tangible à la créance d'Albert Pearl.

Selon le témoignage de M. Albert Pearl, M. John D. Fienberg lui a demandé de lui laisser la pièce nº 13 afin de pouvoir l'examiner et s'est engagé à entrer en contact avec lui par la suite pour lui dire s'il pouvait alors signer le billet. Il a en outre déclaré dans son témoignage que la secrétaire de M. John D. Fienberg lui ayant confié que ce dernier avait examiné et approuvé la pièce nº 13 et qu'il signerait le billet, il a lui-même pris la formule de billet à ordre produite lors de l'instruction sous la cote pièce nº 1, en a rempli les espaces en blanc au fur et à mesure à l'aide d'une machine à écrire et y a apposé le tampon de la «J.D.F. Builders Limited» qu'il avait dans son bureau; il a alors placé le billet dans une chemise et s'est présenté au bureau de M. Fienberg à qui il a remis la chemise. Il a poursuivi son témoignage en disant

he reattended the latter's office and was handed the folder with the note executed as it was presented at trial. That note, Ex. 1, reads as follows:

Front & Yonge Sts. Br.
39 Yonge St. MARCH 1, 1967—$151,982.00
1-372 TORONTO 1, ONT.

On demand WE promise to pay to the order of.....ALBERT PEARL.....the sum of ONE HUNDRED AND FIFTY-ONE THOUSAND, NINE HUNDRED & EIGHTY-TWO DOLLARS with interest payable monthly at the rate of 7 per cent per annum up to and after maturity and until actual payment at the Bank of Montreal here. Value received.

J.D.F. Builders Ltd.
J. D. Fienberg

The letters and words "J.D.F. Builders Ltd." appear in ink stamping on the original and the signature "J.D. Fienberg" is in handwriting.

The promissory note, Ex. 1, was not paid and Albert Pearl (Management) Limited, by writ issued May 13, 1968, claimed payment thereof with interest as against both the defendants J.D.F. Builders Limited and John D. Fienberg.

John D. Fienberg's defence was based upon a denial of his signature as it appeared on Ex. 1 and a complete denial of any knowledge as to the making of the note.

The learned trial judge, upon hearing all of the evidence, made findings of fact expressly based on credibility to the effect that the defendant John D. Fienberg had signed the note and also had signed a document, being a letter to Albert Pearl dated November 6, 1961, to which specific reference shall be made hereafter.

It was the learned trial judge's view that the promissory note was the joint note of both defendants and he gave judgment for the full amount plus interest against both defendants.

Arnup J.A., in the judgment for the Court of Appeal, said:

que peu de temps après, après avoir reçu un autre appel téléphonique de la secrétaire de M. John D. Fienberg, il s'est de nouveau présenté au bureau de ce dernier et on lui a remis la chemise contenant le billet signé, tel qu'il a été déposé lors de l'instruction. Ce billet, pièce nº 1, se lit comme suit:

[TRADUCTION] Succursale rues Front et Yonge
39, rue Yonge le 1er mars 1967—$151,982.00
1-372 TORONTO 1 (Ont.),

Sur demande, NOUS promettons de payer à l'ordre de———-ALBERT PEARL———-la somme de CENT CINQUANTE ET UN MILLE NEUF CENT QUATRE-VINGT-DEUX DOLLARS et les intérêts exigibles mensuellement au taux de 7 p. 100 l'an jusqu'à échéance et après échéance et jusqu'au paiement effectif à la Banque de Montréal ici. Valeur reçue.

J.D.F. Builders Ltd.
J. D. Fienberg

Les lettres et les mots «J.D.F. Builders Ltd.» ont été portés sur le document original à l'aide d'un tampon encreur et la signature «J.D. Fienberg» a été faite à la main.

Le billet à ordre, pièce nº 1, n'a pas été payé et Albert Pearl (Management) Limited en a, par bref délivré le 13 mai 1968, réclamé le paiement, plus les intérêts, aux défendeurs J.D.F. Builders Limited et John D. Fienberg.

La défense de M. John D. Fienberg reposait sur un démenti de sa signature, telle qu'elle figure sur la pièce nº 1, et sur un démenti total de quelque connaissance que ce soit de la souscription du billet.

Le savant juge de première instance, après avoir entendu toute la preuve, a tiré des conclusions de fait, fondées expressément sur la crédibilité, selon lesquelles le défendeur M. John D. Fienberg avait signé le billet ainsi qu'un document, en fait une lettre adressée à M. Albert Pearl en date du 6 novembre 1961 dont il sera fait spécialement mention par la suite.

Selon l'opinion du savant juge de première instance, le billet à ordre était un billet conjoint fait par les deux défendeurs et il a, par jugement, condamné les deux défendeurs à payer le montant total, plus les intérêts.

Le juge d'appel Arnup, dans le jugement de la Cour d'appel, a déclaré:

Having regard to the authorities, to the relevant sections of the Bills of Exchange Act, and to the surrounding circumstances I have set out, we are unanimously of the opinion that this promissory note is to be regarded as the note of the corporation.

We have all expressed, in the course of the argument, our grave doubts as to how a single signature could be both the signature on behalf of the corporation and the signature of the individual himself, as a maker of the note, thereby involving him in personal liability. We have reached the conclusion that Mr. Fienberg personally is not a maker of the note and that accordingly the judgment against him cannot stand.

The Court of Appeal affirmed the judgment upon the note against J.D.F. Builders Limited.

J.D.F. Builders Limited appealed to this Court from the judgment of the Court of Appeal for Ontario and submitted that the judgment against that defendant be set aside and the action be dismissed or, in the alternative, that the action be dismissed against it and that judgment be given against the defendant John D. Fienberg for $36,470, the amount of the payments made by the plaintiff Albert Pearl (Management) Limited to the credit of the Fienberg Children's Trusts.

It may be noted that pleadings and defence were filed by separate solicitors on the part of both defendants and that different counsel represented both defendants at trial but that in the Court of Appeal one counsel who had previously appeared for the defendant J.D.F. Builders Limited appeared for both defendants and in this Court the same counsel again appeared for both defendants.

The plaintiff Albert Pearl (Management) Limited cross-appealed requesting that the judgment at trial be restored or, in the alternative, that it be granted judgment against the defendant John D. Fienberg or, in the further alternative, that it be given judgment against the defendant John D. Fienberg for the full amount of its claim. At the commencement of his argument upon the cross-appeal, counsel for Albert Pearl (Management) Limited announced that he intended only to urge that the judgment be awarded for the full amount against the defendant, here appellant, J.D.F. Builders Limited or, to put it short-

[TRADUCTION] Compte tenu de la jurisprudence, des articles pertinents de la Loi sur les lettres de change, et des circonstances de l'affaire que j'ai exposées, nous sommes unanimement d'avis que ce billet à ordre doit être considéré comme le billet de la corporation.

Nous avons tous formulé, au cours des plaidoiries, des doutes sérieux quant au fait qu'une simple signature puisse être à la fois une signature au nom de la corporation et une signature du particulier lui-même, comme souscripteur, engageant par là sa responsabilité personnelle. Nous sommes parvenus à la conclusion que M. Fienberg personnellement n'est pas un souscripteur du billet et qu'en conséquence le jugement prononcé contre lui ne peut être valide.

La Cour d'appel a confirmé le jugement relatif au billet prononcé contre J.D.F. Builders Limited.

J.D.F. Builders Limited a interjeté appel devant cette Cour de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et soutenu qu'il y avait lieu d'infirmer le jugement prononcé contre la défenderesse et de rejeter l'action ou, encore, de rejeter l'action intentée contre elle et de prononcer contre le défendeur John D. Fienberg un jugement le condamnant à verser $36,470, montant des paiements que la demanderesse Albert Pearl (Management) Limited avait faits au crédit des fiducies des enfants Fienberg.

On peut remarquer que ce sont des avocats différents qui ont produit les plaidoiries écrites et la défense des deux défendeurs et que des avocats différents ont représenté les deux défendeurs au procès; toutefois, devant la Cour d'appel, un avocat qui avait auparavant représenté la défenderesse J.D.F. Builders Limited a comparu pour les deux défendeurs et en cette Cour ce même avocat a encore une fois comparu pour les deux défendeurs.

La demanderesse Albert Pearl (Management) Limited a interjeté un pourvoi incident demandant que soit rétabli le jugement de première instance ou, encore, que jugement soit rendu en sa faveur contre le défendeur John D. Fienberg ou, encore, que soit rendu un jugement condamnant le défendeur John D. Fienberg à payer le plein montant de sa réclamation. Au début de sa plaidoirie sur le pourvoi incident, l'avocat de Albert Pearl (Management) Limited a fait savoir qu'il ne demandait plus qu'un jugement condamnant la défenderesse J.D.F. Builders, appelante en cette Cour, à payer la somme totale ou, en

ly, he was content with the judgment of the Court of Appeal freeing the defendant John D. Fienberg from liability but asked to have judgment against the appellant J.D.F. Builders Limited not for the limited amount granted by the Court of Appeal but at trial for the full amount of the note plus interest. The Court of Appeal for Ontario had reduced the amount of the judgment against the defendant J.D.F. Builders Limited to the amount of the payments by the plaintiff Albert Pearl (Management) Limited for purchase of shares for and on account of the defendant J.D.F. Builders Limited, and had excluded from the judgment the amount of the payments made by the said plaintiff to J.D.F. Holdings Limited for the J. D. Fienberg Children's Trusts being of the opinion that there was no consideration for that part of the debt evidenced by the promissory note. It will therefore be seen that this Court faces two problems only: Firstly, was the judgment of the Court of Appeal for Ontario correct in holding that the promissory note evidenced a debt of the defendant, here appellant, J.D.F. Builders Limited, and, secondly, if so, is the plaintiff, here respondent, Albert Pearl (Management) Limited entitled to recover the full face value of the note plus interest or only the part represented by consideration flowing from J.D.F. Builders Limited.

With respect, I have come to the conclusion that the Court of Appeal was quite correct in its view that that promissory note did not evidence the personal debt of the defendant John D. Fienberg. I make that statement not only by reference to the method of execution of the document, *i.e.*, that the said Fienberg's signature appeared once only and that directly beneath the stamped signature of the appellant J.D.F. Builders Limited but, having reviewed the evidence of Albert Pearl, I have come to the conclusion that it was his intention and also the intention of the defendant John D. Fienberg that the note should only pledge the credit of the appellant J.D.F. Builders Limited. As Arnup J.A. pointed out in his reasons for judgment, the documents would seem to bear out that opinion. Exhibit 6, the document drawn up about September 1966 to show the receipts from Fienberg on account of the purchase price of Pearl's

bref, qu'il était satisfait du jugement de la Cour d'appel exonérant le défendeur John D. Fienberg mais demandait jugement contre l'appelante J.D.F. Builders Limited, non pas pour la somme limitée accordée par la Cour d'appel mais pour le plein montant du billet plus les intérêts. La Cour d'appel de l'Ontario avait réduit le montant du jugement et condamné la défenderesse J.D.F. Builders Limited à ne verser que le montant des paiements que la demanderesse Albert Pearl (Management) Limited a effectués en achetant des actions pour le compte de la défenderesse J.D.F. Builders Limited et elle avait exclu du jugement le montant des paiements que ladite demanderesse avait faits à J.D.F. Holdings pour les fiducies des enfants J.D. Fienberg, étant d'avis qu'il n'existait aucune contrepartie pour cette partie de la créance constatée dans le billet à ordre. Nous voyons donc que cette Cour fait face à deux problèmes uniquement: en premier lieu, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario a-t-il eu raison de décider que le billet à ordre constatait une dette de la défenderesse J.D.F. Builders Limited, appelante en cette Cour, et en second lieu, s'il en est ainsi, la demanderesse Albert Pearl (Management) Limited, intimée en cette Cour, a-t-elle le droit de recouvrer la pleine valeur nominale du billet plus les intérêts, ou uniquement la partie correspondant à la contrepartie provenant de J.D.F. Builders Limited?

Avec respect, j'en suis venu à la conclusion que la Cour d'appel a tout à fait eu raison de décider que le billet à ordre ne constatait pas la dette personnelle du défendeur John D. Fienberg. Je me prononce ainsi non seulement en me reportant à la méthode de signature du document, c'est-à-dire au fait que la signature de M. Fienberg ne figure qu'à un endroit, directement sous la signature estampée de l'appelante J.D.F. Builders Limited, mais aussi après avoir examiné le témoignage de M. Albert Pearl, duquel je conclus qu'il avait l'intention, ainsi que le défendeur John D. Fienberg, de n'engager par le billet que l'appelante J.D.F. Builders Limited. Comme le juge d'appel Arnup l'a fait remarquer dans ses motifs de jugement, les documents sembleraient justifier cette opinion. La pièce nº6, le document rédigé vers septembre 1966 pour constater les sommes reçues de M. Fienberg en acompte sur le prix d'achat de la partici-

share in Anlouis and Key, and the payments made both to the various brokers for the purchase of Consolidated shares on account of J.D.F. Holdings Limited and the payments made to the credit of the Children's Trusts is headed "Albert Pearl (Management) Limited and J.D.F. Holdings Limited". Exhibit 13, the statement submitted by Albert Pearl to John D. Fienberg upon which the promissory note was based is headed

ALBERT PEARL

Account with
J.D.F. BUILDERS LIMITED

In his evidence, Mr. Pearl referred to the presentation of that Exhibit 13 to Mr. Fienberg and after having stated it was to give specific tangibility to the indebtedness that was owing to Albert Pearl identified the promissory note in these words:

This document is a note drawn by J.D.F. Builders Limited to the order of Albert Pearl in the amount of $151,982.00 with interest payable monthly at the rate of 7% per annum up to and after maturity and until actual payment and so on.

to which counsel made the enlightening reply:

Q. I don't want to undercut my case by saying it was drawn by J.D.F. Builders. Will you instead simply tell his lordship what signature appears on it?
A. The signature appearing here is that of J. D. Fienberg.

Shortly before this, when questioned by his counsel as to the presentation of this account, Ex. 13, Albert Pearl was asked:

Q. Well, was there any question about the payment there and then?
A. There was no possibility of payment at that time because, as I will explain, *we* were in pretty dire financial circumstances.

(The emphasis is my own but I think it indicative of the fact that Mr. Pearl was looking to an acknowledgment of debt from the corporate entity and not from Mr. Fienberg personally.)

Counsel for the respondent Albert Pearl (Management) Limited takes the position that John D. Fienberg had not only an ostensible authority but a real authority to execute the

pation de Pearl dans Anlouis et Key, ainsi que les paiements effectués aux divers courtiers pour l'achat d'actions de la Consolidated pour le compte de J.D.F. Holdings Limited et ceux qui ont été faits au crédit des fiducies des enfants, est intitulée «Albert Pearl (Management) Limited et J.D.F. Holdings Limited». La pièce nº 13, le relevé que M. Albert Pearl a remis à M. John D. Fienberg et qui a servi de fondement au billet à ordre, s'intitule.

ALBERT PEARL

Compte avec
la J.D.F. BUILDERS LIMITED

Dans son témoignage, M. Pearl a mentionné la remise de cette pièce nº 13 à M. Fienberg et, après avoir déclaré qu'elle avait pour objet de donner une marque tangible à la dette de celui-ci envers Albert Pearl, il a décrit le billet à ordre en ces mots:

[TRADUCTION] Ce document est un billet que la J.D.F. Builders Limited a souscrit à l'ordre de Albert Pearl à la somme de $151,982, avec l'intérêt exigible mensuellement au taux de 7% l'an jusqu'à l'échéance et après et jusqu'à paiement complet.

ce à quoi l'avocat a alors interjeté la réplique révélatrice que voici:

[TRADUCTION] Q. Je ne veux pas affaiblir ma cause en disant qu'il a été souscrit par J.D.F. Builders. Plutôt, voudriez-vous simplement dire à sa Seigneurie quelle signature figure sur ce billet?
R. La signature qui y figure est celle de M. J. D. Fienberg.

Peu de temps avant, lorsque son avocat l'a interrogé sur la remise de ce compte (pièce nº 13) M. Albert Pearl a répondu:

Q. Eh bien, a-t-il été question du paiement immédiat?
R. Le paiement était impossible à ce moment-là, car, comme je l'expliquerai, *nous* étions dans des circonstances financières assez désastreuses.

(J'ai moi-même mis des mots en italique, mais je pense que cela indique que M. Pearl recherchait une reconnaissance de dette auprès de la personne morale et non auprès de M. Fienberg personnellement).

L'avocat de l'intimée Albert Pearl (Management) Limited adopte la position que M. John D. Fienberg avait un pouvoir non seulement apparent mais réel de signer le billet à ordre

promissory note for and on behalf of the appellant J.D.F. Builders Limited. I refer firstly to ostensible authority. A clearer case of ostensible authority could not be imagined. John D. Fienberg held beneficially all the shares in J.D.F. Builders Limited although those shares were carried in a variety of names including Anlouis Investments Limited and Key Investments Limited. It must be remembered that years before the end any interest which the plaintiff company or its sole owner Albert Pearl held in either of the latter companies had been sold to Fienberg or, perhaps, one should more accurately state, to J.D.F. Holdings Limited, another wholly-owned Fienberg company. John D. Fienberg had the sole corporate management of J.D.F. Builders Limited and indeed all of the companies. It was said in testimony that he had always been president of them all. No one as familiar with the operation of these various companies as Albert Pearl was could ever doubt that what John D. Fienberg said in reference to them or any of them was law and would have to be carried out. This would seem to be almost a textbook case for the application of the indoor management rule exemplified in *Royal British Bank v. Turquand*[3].

I am of the opinion, however, that one need not turn to that well-established rule as I think on all of the evidence and documents John D. Fienberg had a real authority to bind the corporation by his signature. In addition to the stock holding I have outlined, it must be remembered that J.D.F. Builders Limited was in the business of constructing buildings and that in the carrying out of that business it had entered into a partnership and later taken a quarter of the shares in a corporation carrying on that same business and that the purchase of the shares for and on account of J.D.F. Builders Limited was the purchasing of shares in that Consolidated Building Corporation, so that the transactions were in the ordinary business of J.D.F. Builders Limited.

[3] (1856), 6 El. & Bl. 327.

pour le compte de l'appelante, la J.D.F. Builders Limited. J'aborde en premier lieu la question du pouvoir apparent. Il est impossible d'imaginer un cas plus évident de pouvoir apparent. M. John D. Fienberg détenait la propriété véritable de toutes les actions de la J.D.F. Builders Limited, même si ces actions étaient au nom d'une multitude de nominataires y compris Anlouis Investments Limited et Key Investments Limited. Il faut rappeler que, des années avant la fin, la participation que la compagnie appelante ou son propriétaire unique Albert Pearl détenaient dans chacune de ces compagnies avait été vendue à M. Fienberg, ou peut-être serait-il plus juste de dire qu'elle avait été vendue à la J.D.F. Holdings Limited, une autre compagnie appartenant exclusivement à M. Fienberg. M. John D. Fienberg avait la direction unique de J.D.F. Builders Limited, voire de toutes les compagnies. On a dit dans les témoignages qu'il avait toujours été le président de chacune d'entre elles. Des personnes aussi familières avec la marche de ces diverses compagnies que l'était M. Albert Pearl ne pouvaient jamais douter que ce que disait M. John D. Fienberg à l'égard de chacune d'entre elles avait valeur de loi et devait être suivi. La présente espèce pourrait presque, semble-t-il, être citée comme un cas type pour l'application de la règle de gestion interne illustrée dans l'arrêt *Royal British Bank v. Turquand*[3].

Je suis d'avis cependant qu'on n'a pas besoin de faire appel à ce principe reconnu, car, selon moi, d'après l'ensemble de la preuve et tous les documents, M. John D. Fienberg avait vraiment le pouvoir d'engager la corporation par sa signature. Outre les parts de capital-actions dont j'ai parlé, il y a lieu de se souvenir que J.D.F. Builders Limited construisait des immeubles et que, dans le cadre de cette activité, elle avait formé une association avec d'autres et pris par la suite le quart des actions d'une corporation exploitant cette même entreprise, et que l'achat des actions pour le compte de J.D.F. Builders Limited était l'acquisition d'actions de cette corporation de regroupement, Consolidated Building Corporation, de sorte que les opérations entraient dans le cadre des affaires courantes de J.D.F. Builders Limited.

[3] (1856), 6 El. & Bl. 327.

It must also be remembered that Albert Pearl acting as accountant and auditor for J.D.F. Builders Limited and all of the other companies during the relevant period, did not have anything to do with the preparation of corporate documents including banking documents. Amongst those corporate documents were the following:

Minutes of a Meeting of the Directors of the Company held August 15, 1961, at which the following resolution was moved and carried:

*RESOLUTION*

The Chairman then presented to the meeting the resolution wherein this Company gave to John D. Fienberg, President of the Company, full authority to transfer shares of stock in Consolidated Building Corporation Limited, to endorse all stock certificates without the requirement of a seal and to do whatever was required in connection with shares of Consolidated Building Corporation Limited in the interest of this Company without any further resolution from this Company.

ON MOTION, duly moved and seconded and unanimously carried, the Board of Directors approved of the resolution and requested that a copy of same become part of these minutes and precede the first page of the minutes of this meeting.

The minutes of that meeting were signed by the President John D. Fienberg and the Secretary.

I have already referred to the minutes of the meeting of the directors on December 1, 1961, which made specific reference to Mr. Pearl and which included this statement:

*CONSOLIDATED BUILDING CORPORATION LIMITED STOCK*

This company understands and agrees that any purchase or sale made by Albert Pearl, upon the instructions of this company, in regard to any Consolidated Building Corporation Limited stock (common, warrants and preferred) is to be held by the said Albert Pearl in trust for the benefit or at the risk of this

Il faut également se souvenir que M. Albert Pearl, en tant que comptable et vérificateur de J.D.F. Builders Limited et de toutes les autres compagnies au cours de la période en cause, n'avait rien à voir avec la préparation des documents de compagnie, notamment les documents bancaires. Parmi ces documents se trouvaient:

Le procès-verbal d'une assemblée des administrateurs de la compagnie, tenue le 15 août 1961, au cours de laquelle la résolution suivante a été proposée et adoptée:

[TRADUCTION]

*RÉSOLUTION*

Le président a alors présenté à l'Assemblée la résolution dans laquelle la Compagnie donne à M. John D. Fienberg, président de la Compagnie, les pleins pouvoirs pour effectuer le transfert d'actions du capital-actions de Consolidated Building Corporation Ltd, endosser tous les certificats d'actions sans nécessité d'y apporter le sceau et faire tout ce qui peut être requis à l'égard d'actions de Consolidated Building Corporation Limited dans l'intérêt de la Compagnie, sans autre résolution.

SUR MOTION, dûment proposée et appuyée puis adoptée à l'unanimité, le Conseil d'administration a approuvé la résolution et a demandé qu'on en fasse figurer une copie au début du présent procès-verbal d'assemblée de la Compagnie, pour faire partie de celui-ci.

Le président, M. John D. Fienberg, ainsi que le secrétaire, ont signé le procès-verbal de cette assemblée.

J'ai déjà parlé du procès-verbal de l'assemblée des administrateurs du 1er décembre 1961 qui mentionne expressément M. Pearl et qui contient la déclaration suivante:

[TRADUCTION]

*ACTIONS DU CAPITAL-ACTIONS DE CONSOLIDATED BUILDING CORPORATION LIMITED*

La Compagnie convient que M. Albert Pearl agit en qualité de fiduciaire dépositaire au risque et pour le compte de la Compagnie, soit J.D.F. Builders Limited, lors de tout achat ou vente qu'il effectue selon les directives de la Compagnie relativement au capital-actions de Consolidated Building Corporation

company, that is J.D.F. Builders Limited.

Less than a month before, on November 6, 1961, J.D.F. Builders Limited, over the signature of Mr. Fienberg, had addressed a letter to Mr. Pearl which read as follows:

Mr. Albert Pearl,
99 Avenue Road,
Toronto 5, Ontario.

Dear Mr. Pearl:

It is hereby agreed and understood that any purchase and/or sale made by you acting upon our instructions, of any Consolidated Building Corporation Limited security (viz: common, warrants and preferred shares) is to be held in trust for and for the risk of J.D.F. Builders Limited.

Yours truly,

J.D.F. BUILDERS LIMITED

J. D. Fienberg
J. D. Fienberg

On the very day following that which appears on the promissory note, *i.e.*, on March 2, 1967, the minutes of a directors' meeting of J.D.F. Builders Limited read, in part, as follows:

*CONSOLIDATED BUILDING CORPORATION LIMITED STOCK*

The following shares were held in trust by Albert Pearl in an account or accounts for the benefit of or at the risk of J.D.F. Builders Limited. This company now authorizes that these shares be transferred to the account of J.D.F. Builders Limited. The shares to be so transferred are as follows:

a) 20,600 Consolidated Building Corporation Limited common shares;

b) 19,029 Consolidated Building Corporation Limited warrants;

c) 500 Consolidated Building Corporation Limited preferred shares.

The meeting unanimously approved the completion of this transfer.

The following memorandum was then read and ordered inserted into the minutes:

"We, the Directors of the above-named company, consent to this meeting being held at the above time

Limited (actions ordinaires, titres au porteur et actions privilégiées).

Moins d'un mois auparavant, soit le 6 novembre 1961, J.D.F. Builders Limited avait, sous la signature de M. Fienberg, envoyé une lettre à M. Pearl, dont voici le texte:

[TRADUCTION]

M. Albert Pearl,
99 Avenue Road,
Toronto 5 (Ontario).

Monsieur,

Il est par la présente convenu que vous agirez en qualité de fiduciaire dépositaire pour le compte et au risque de J.D.F. Builders Limited lors de tout achat (et) ou vente de titres de Consolidated Building Corporation Limited (actions ordinaires, titres au porteur et actions privilégiées) que vous effectuerez selon nos directives.

Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

J.D.F. BUILDERS LIMITED

J. D. Fienberg
J. D. Fienberg

Le procès-verbal de l'assemblée des administrateurs de J.D.F. Builders Limited tenue le 2 mars 1967, soit le jour même qui a suivi la date du billet à ordre, se lit en partie comme suit:

*ACTIONS DU CAPITAL-ACTIONS DE CONSOLIDATED BUILDING CORPORATION LIMITED*

M. Albert Pearl a détenu en fiducie dans un compte ou des comptes les actions suivantes, pour le compte et au risque de J.D.F. Builders Limited. La Compagnie autorise maintenant le transfert de ces actions au compte de Builders Limited. Les actions à être ainsi transférées sont les suivantes:

a) 20,600 actions ordinaires de Consolidated Building Corporation Limited;

b) 19,029 titres au porteur de Consolidated Building Corporation Limited;

c) 500 actions privilégiées de Consolidated Building Corporation Limited.

L'assemblée a approuvé à l'unanimité l'achèvement des formalités requises pour ce transfert.

On a alors lu la note suivante dont on a ordonné l'insertion au procès-verbal:

«Nous, administrateurs de la Compagnie dont le nom apparaît ci-dessus, acceptons la tenue de la présente

and place and we do hereby waive notice of the meeting and consent to the transaction of such business as may now come before it, as testified by our signatures hereto."

It is true that the respondent has been unable to adduce any evidence in relation to a formal resolution of the directors authorizing the execution of the note. I am, however, of the opinion that such execution was, in the ordinary course of business of the corporation. It was a debt in so far as the portion due to purchase of Consolidated Building Corporation stock is concerned of J.D.F. Builders and it was simply an acknowledgment of that debt.

This Court has lately considered the necessity for corporate documentation in these circumstances of wholly-owned corporate entities.

In *Eisenberg v. Bank of Nova Scotia et al.*[4], I said on behalf of the Court at p. 694:

Therefore, upon a consideration of the above authorities, I have been led to the conclusion that a corporation, when a matter is *intra vires* of the corporation, cannot be heard to deny a transaction to which all the shareholders have given their assent even when such assent be given in an informal manner or by conduct distinguished from a formal resolution at a duly convened meeting.

I am of the opinion that the *Eisenberg* case applies exactly to the present circumstances. I would, therefore, agree with the judgment given at trial and affirmed on appeal holding that J.D.F. Builders Limited was bound by the promissory note and that judgment should go against that company.

The Court of Appeal for Ontario, however, as I have said, reduced that judgment so that it covered only the payment by Albert Pearl (Management) Limited for purchases of shares of Consolidated Building Corporation for and on account of the appellant J.D.F. Builders Lim-

[4] [1965] S.C.R. 681.

assemblée aux dates et lieux ci-dessus et renonçons à l'avis préalable et acceptons qu'il soit traité de toute affaire qui peut être soumise à l'assemblée, comme en témoignent nos signatures ci-dessous.»

Il est vrai que l'intimée n'a pas pu avancer de preuve quelconque d'une résolution formelle des administrateurs autorisant la signature du billet. Toutefois, je suis d'avis que cette signature entrait dans le cours ordinaire des affaires de la corporation. Il s'agissait d'une dette de J.D.F. Builders dans la mesure où la partie imputable à l'achat d'actions du capital de Consolidated Building Corporation est concernée et le billet n'était qu'une reconnaissance de cette dette.

Cette Cour a examiné il n'y a pas si longtemps la question de la nécessité de documents corporatifs dans ces cas de corporations en propriété exclusive.

Dans l'arrêt *Eisenberg c. la Banque de la Nouvelle-Écosse et autres*[4], j'ai dit au nom de la Cour à la p. 694:

[TRADUCTION] En conséquence, l'examen des autorités précitées m'a conduit à la conclusion qu'une corporation, lorsqu'une affaire est de sa compétence, ne peut être autorisée à renier une opération à laquelle tous les actionnaires ont acquiescé, même lorsque cet acquiescement a été donné sans formalités ou par leur conduite à la différence d'une résolution faite dans les formes lors d'une assemblée régulièrement convoquée.

Selon moi, l'arrêt *Eisenberg* s'applique exactement aux circonstances actuelles. Je souscris donc au jugement rendu en première instance et confirmé en appel, selon lequel le billet à ordre engageait la J.D.F. Builders Limited, et comme ce jugement je statuerais contre cette compagnie.

La Cour d'appel de l'Ontario a cependant, comme je l'ai déjà indiqué, limité la portée de ce jugement aux paiements faits par Albert Pearl (Management) Limited pour l'achat d'actions de Consolidated Building Corporation pour le compte de l'appelante J.D.F. Builders Limited.

[4] [1965] R.C.S. 681.

ited. In concluding that the amount of the judgment was so limited, Arnup J.A. said:

As I have indicated, the amount of the promissory note is made up of the two categories of indebtedness, one being the indebtedness of Fienberg personally, and the other that of the corporation. It is argued by the appellant that judgment cannot be given against the corporation for the indebtedness of Fienberg to Pearl because that portion of the promissory note is not supported by consideration moving from Pearl to the corporation as maker of the note. Authority was cited for the proposition that a partial failure of consideration or partial absence of consideration may be a defence *pro tanto* between the immediate parties to a bill of exchange, and this proposition is not challenged by Mr. Catzman.

Arnup J.A. accepted the argument that so far as the promissory note covered payments made by the respondent Albert Pearl (Management) Limited on the instructions of the cross-respondent John D. Fienberg to the John D. Fienberg Children's Trusts, there was no consideration. With respect, I am of the opinion that this was in error. In the first place, under s. 54 of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, there is a presumption of consideration and the onus of proving the lack of consideration is upon the drawer of the bill: *Westcott v. Luther*[5], per Lamont J. at p. 256. Again, by the provisions of s. 53(1)(*b*) an antecedent debt or liability may constitute valuable consideration and there was in the present case an antecedent liability both as to the portion of the note covering the stock transactions for J.D.F. Builders Limited and payments made upon John D. Fienberg's instructions for the benefit of the children's trusts.

Finally, Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, (7th. ed. 1969) at p. 605, said:

In *Currie v. Misa* (1875), L.R. 10 Ex. 153, the Court of Exchequer Chamber said: "A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or

[5] [1933] S.C.R. 251.

En concluant à cette limitation, le juge d'appel Arnup a déclaré:

[TRADUCTION] Comme je l'ai indiqué, le montant du billet à ordre provient de deux sortes de dettes, la dette personnelle de M. Fienberg et celle de la corporation. L'appelante soutient qu'il ne peut être rendu de jugement contre la corporation en ce qui concerne la dette de M. Fienberg envers M. Pearl, parce que cette partie du billet à ordre ne s'appuie pas sur un transfert de contrepartie de M. Pearl à la corporation en tant que souscriptrice du billet. On a cité des autorités à l'appui du principe selon lequel un défaut partiel ou une absence partielle de contrepartie peut constituer dans cette mesure un moyen de défense entre les parties directement liées par une lettre de change, et M. Catzman ne conteste pas ce principe.

Le juge d'appel Arnup a accueilli la thèse selon laquelle, dans la mesure où le billet à ordre visait les paiements que l'intimée Albert Pearl (Management) Limited avait effectués aux fiducies des enfants John D. Fienberg sur l'ordre de John D. Fienberg, intimé sur appel incident, il n'y avait eu aucune contrepartie. Avec respect, je suis d'avis que c'était une erreur. En premier lieu, suivant l'art. 54 de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, c. B-5, il existe une présomption de contrepartie et la charge de la preuve contraire incombe au tireur de la lettre: Juge Lamont, p. 256 de l'arrêt *Westcott c. Luther*[5]. De plus, suivant l'al. *b*) du par. (1) de l'art. 53, une dette ou une obligation préexistante peut constituer une contrepartie valable et, dans la présente espèce, il y avait une obligation préexistante à la fois quant à la partie du billet visant les transferts d'actions effectués pour le compte de J.D.F. Builders Limited et quant aux paiements faits sur les instructions de M. John D. Fienberg au profit des fiducies créées pour les enfants.

Finalement, il est écrit à la p. 605 de Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (7e ed. 1969).

[TRADUCTION] La *Court of Exchequer Chamber* a déclaré dans l'arrêt *Currie c. Misa* (1875), L.R. 10 Ex. 153: [TRADUCTION] «En droit, une contrepartie valable peut consister dans un droit, un intérêt ou un avantage qui échoit à partie, ou dans un délai, un

[5] [1933] R.C.S. 251.

responsibility, given, suffered, or undertaken by the other." The second branch of this judicial description of consideration is more important than the first. It does not matter whether the party making the promise receives any apparent benefit; it is sufficient that the promisee undertakes some burden or gives up something which in contemplation of law may be of value, and that the promisor accepts what the promisee undertakes or gives up as the inducement or price for the promise. The consideration must move from the promisee, that is, the promisee must suffer some detriment; but the consideration need not move to the promisor, that is, the apparent benefit, if any, need not be enjoyed by the promisor, and may consist in forbearance or credit given by the promisee to a third person, as is usually so in the case of a guarantee.

So that, so long as consideration flowed from Albert Pearl (Management) it did not matter that the consideration in so far as it was in reference to John D. Fienberg did not flow to J.D.F. Builders Limited.

While an antecedent debt or liability of a third party, in this case John D. Fienberg *in vacuo*, cannot form valuable consideration unless there is some connection between the receipt of the bill and the debt, such connection may establish consideration: *Oliver v. Davis et al.*[6], per Evershed M.R. at 735:

> This at any rate is plain—that if the antecedent debt or liability of a third party is to be relied upon as supplying "valuable consideration for a bill", there must at least be some relationship between the receipt of the bill and the antecedent debt or liability.

That case was considered and commented upon by Speight J. in *Bonior v. A. Siery Limited*[7], where circumstances closely resembling the present one occurred.

Upon the findings of the jury, the facts may be stated as follows.

A. Siery owed one Bonior £1,500. About 80 per cent of that amount had been obtained by

[6] [1949] 2 K.B. 727.
[7] [1968] N.Z.L.R. 254.

inconvénient, une perte ou une obligation pour l'autre partie.» Le deuxième volet de cette description judiciaire de la contrepartie est plus important que le premier. Il n'importe pas que la partie faisant la promesse reçoive un avantage apparent; il est suffisant que le bénéficiaire de la promesse contracte un engagement ou une renonciation dont l'objet puisse avoir au regard de la loi une certaine valeur, et que le promettant accepte l'objet de l'engagement ou de la renonciation émanant du bénéficiaire comme la cause ou le prix de la promesse. La contrepartie doit provenir du bénéficiaire de la promesse, c'est-à-dire, celui-ci doit subir un inconvénient quelconque; mais il n'est pas nécessaire que la contrepartie aille au promettant, c'est-à-dire, que celui-ci jouisse de l'avantage apparent, s'il en est, lequel peut consister dans un délai ou crédit que le bénéficiaire de la promesse accorde à un tiers, comme c'est généralement le cas dans le cas d'une garantie.

En conséquence, tant et aussi longtemps que la contrepartie venait de la Albert Pearl (Management), il était sans importance que la contrepartie dans la mesure où elle se rapportait à John D. Fienberg n'aille pas à J.D.F. Builders Limited.

Bien que la dette ou l'obligation préexistante d'un tiers, en l'espèce présente John D. Fienberg *in vacuo*, ne puisse constituer une contrepartie valable que s'il existe une certaine relation entre la réception de la lettre et la dette, cette relation peut établir l'existence de la contrepartie: *Oliver v. Davis and Another*[6], juge Evershed, Maître des Rôles, p. 735:

> [TRADUCTION] Il est de toute manière explicite que si la dette ou l'obligation préexistante d'un tiers doit servir de «contrepartie valable à un billet», il doit y avoir au moins un certain rapport entre la réception du billet et la dette ou l'obligation préexistante.

Le juge Speight a examiné et commenté cet arrêt dans l'arrêt *Bonior v. A. Siery Limited*[7] où les faits ressemblaient beaucoup à ceux de l'espèce présente.

D'après les conclusions du jury, les faits peuvent être exposés comme suit:

A. Siery devait £1,500 à un certain Bonior. Siery avait obtenu environ 80 pour cent de cette

[6] [1949] 2. K.B. 727.
[7] [1968] N.Z.L.R. 254.

Siery for the purpose of establishing a transport business. Bonior desired payment, Siery promised payment but failed to make it and then Bonior went to Siery's place of business and demanded payment with the result that Siery drew a cheque upon the defendant limited company for £1,500 and delivered it to Bonior. The limited company had been formed to take over the cartage business and A. Siery was the sole shareholder of A. Siery Limited. Speight J. discussed, *inter alia*, *Oliver v. Davis*[8], and concluded that there was such a connection as would give consideration for the bill. At p. 260, he said:

> It is apparent therefore that Siery and Cave treated the company and its assets as being Siery's and subject to Bank difficulties, he was entitled to apply the assets as he liked, and draw for his own personal use whatever the account would stand, and the accountant would debit the books in whatever way was appropriate.

In my view, that statement would apply exactly to the relationship between John D. Fienberg and J.D.F. Builders Limited in the present case and I am of the opinion that there was such a connection between these two as would supply consideration for the portion of the note representing the payments made by the respondent Albert Pearl (Management) Limited for the benefit of the Children's Trusts.

The consideration of course was the forbearance of Albert Pearl (Management) Limited. Although the source of the funds which first Albert Pearl and later Albert Pearl (Management) Limited used to purchase the shares of Consolidated Building Corporation for the benefit of J.D.F. Builders Limited and to apply to the credit of the Children's Trusts was, of course, money received from John D. Fienberg, that money was for instalments on the purchase price of Albert Pearl's interest in Anlouis Investments Limited and Key Investments Limited. In short, they were all moneys which were owned by Albert Pearl and Albert Pearl (Management) Limited, and the expenditure of those

[8] [1949] 2 K.B. 727.

somme afin de lancer une entreprise de transport. Bonior souhaitait être payé et Siery, malgré sa promesse, a omis de le faire; Bonior s'est alors rendu au bureau de Siery et a exigé d'être payé, ce qui a poussé Siery à tirer un chèque de £1,500 sur la compagnie à responsabilité limitée défenderesse, et à le remettre à Bonior. La compagnie à responsabilité limitée avait été constituée pour absorber l'entreprise de camionnage et A. Siery était l'unique actionnaire de A. Siery Limited. Le juge Speight a examiné, entre autres, l'arrêt *Oliver v. Davis*[8], et a conclu à l'existence d'un rapport qui pouvait donner contrepartie au billet. Il a dit à la p. 260:

> [TRADUCTION] Il est donc manifeste que Siery et Cave ont considéré la compagnie et ses avoirs comme appartenant à Siery qui, sous réserve de difficultés bancaires, avait le droit d'employer les avoirs comme il l'entendait et de tirer pour son usage personnel tout ce qui figurait sur le compte, les livres étant alors débités par le comptable selon toute méthode appropriée.

A mon avis, cet énoncé s'applique exactement au rapport existant en l'espèce présente entre M. John D. Fienberg et la J.D.F. Builders Limited; d'après moi, il existait entre eux une relation qui pouvait fournir contrepartie pour la partie du billet correspondant aux paiements que l'intimée Albert Pearl (Management) Limited a effectués au profit des fiducies des enfants.

La contrepartie était naturellement le délai accordé par Albert Pearl (Management) Limited. Même si les fonds qu'Albert Pearl, puis Albert Pearl (Management) Limited, ont utilisés pour acheter les actions de la Consolidated Building Corporation au profit de la J.D.F. Builders Limited, et pour porter des sommes au crédit des fiducies créées pour les enfants, provenaient bien entendu de M. John D. Fienberg, ces fonds étaient pour des versements à valoir sur le prix d'achat de la participation d'Albert Pearl dans Anlouis Investments Limited et Key Investments Limited. En résumé, il s'agissait de fonds appartenant à Albert Pearl et à Albert Pearl (Management) Limited et leur affectation

[8] [1949] 2 K.B. 727.

moneys for those two purposes created debts by J.D.F. Builders Limited and John D. Fienberg. As I have said, those debts had accumulated from the year 1960 and in March of 1967 totalled the amount of the note, *i.e.*, $151,982, all of which was long overdue and which was but lightly secured. It was realized by both Albert Pearl and John D. Fienberg that payment immediately of the debt in full or even in part could not be considered.

I am of the opinion that Albert Pearl properly described the purpose of the note when he used the words which I have already recited, "to give specific tangibility to the indebtedness that was owing to Albert Pearl", or to put it otherwise, to fix the amount of the debt in expectation of its final repayment. That was done on March 2, 1967. No claim for payment was made until the writ in this action was issued on May 13, 1968, after a demand for payment on April 25, 1968. There was, therefore, forbearance running from Albert Pearl (Management) Limited to both J.D.F. Builders Limited and John D. Fienberg in so far as the antecedent debts of them both were concerned.

It is interesting to note that according to the account between Albert Pearl and John D. Fienberg for the payment by instalments of Pearl's shares in Anlouis and Key, there was a balance of $4,500 owing, that is, the final item shown on Ex. 6.

On December 29, 1967, Albert Pearl (Management) Limited wrote to J.D.F. Holdings Limited, "Attention: Mr. J. D. Fienberg" as follows:

> An agreement between our two companies, dated Dec. 6, 1960, stipulates a minimum annual payment of $5,000.00 to Albert Pearl (Management) Limited. We have not, to date, received the 1967 payment for the presently outstanding balance of $4,500.00. Payment of this amount is hereby requested.

So there was a demand for payment, that is, no forbearance, as to the $4,500 amount as contrasted with no demand for payment of the value of the amount of the note until that demand recited above.

à ces deux fins a créé des dettes à la charge de J.D.F. Builders Limited et John D. Fienberg. Comme je l'ai dit, ces dettes s'étaient accumulées depuis 1960 et, en mars 1967, avaient atteint le montant du billet, soit $151,982, somme échue depuis longtemps et qui n'était que légèrement garantie. Albert Pearl et John D. Fienberg se sont rendu compte de l'impossibilité d'envisager un paiement immédiat de la dette, même partiel.

Je suis d'avis qu'Albert Pearl a bien décrit l'objet du billet quand il a utilisé les termes que j'ai reproduits plus haut, soit «de donner une marque tangible à la créance d'Albert Pearl», en d'autres termes fixer le montant de la créance dans l'attente de son remboursement définitif. Cela fut fait le 2 mars 1967. Aucune réclamation n'a été présentée avant la délivrance du bref de la présente action le 13 mai 1968, à la suite d'une demande de paiement faite le 25 avril 1968. Albert Pearl (Management) Limited a donc consenti un délai à la J.D.F. Builders Limited et à John D. Fienberg dans la mesure où leurs dettes préexistantes étaient en cause.

Il est intéressant de remarquer que, d'après le compte des versements à valoir sur les actions de M. Pearl dans Anlouis et Key, un solde de $4,500 (dernier poste figurant à la pièce nº 6) restait dû.

Le 29 décembre 1967, Albert Pearl (Management) Limited a écrit à J.D.F. Holdings Limited, «Aux soins de M. J. D. Fienberg», ce qui suit:

> [TRADUCTION] Un accord conclu entre nos deux compagnies le 6 décembre 1960 stipule un paiement annuel minimum de $5,000 à Albert Pearl (Management) Limited. A ce jour, nous n'avons pas reçu le paiement de 1967 et il nous est actuellement dû un solde de $4,500. Nous exigeons par les présentes le paiement de ce montant.

Il y a donc eu une demande de paiement, c'est-à-dire pas de délai, en ce qui concerne la somme de $4,500, par contraste avec une absence de demande de paiement de la valeur du billet avant cette demande dont j'ai parlé plus haut.

This Court in *Hutchison v. The Royal Institution for the Advancement of Learning*[9], adopted *Crears v. Hunter*[10], and Newcombe J. at p. 67 quoted from Lopes L. J. at p. 346 of *Crears v. Hunter*:

In this case the question is whether there was evidence of a consideration for the making of this note by the defendant. The law appears to be that a promise to forbear is a good consideration, but also that actual forbearance at the request, express or implied, of the defendant would be a good consideration.

I have concluded that the conference between Albert Pearl and John D. Fienberg in March 1967 amounted to a request for forbearance on the part of both the antecedent debtors and that upon the giving of the promissory note there was actual forbearance in favour of both antecedent debtors lasting more than one year. It is true that evidence concerning consideration is slim but as counsel for the appellant points out the defence of lack of consideration was not raised in the pleadings and, therefore, one would not expect the matter to have been canvassed extensively in the evidence.

I have, therefore, concluded that there was good consideration for both the portion of the promissory note which represented the stock purchases for J.D.F. Builders Limited and the payments in furtherance of the Children's Trusts.

Moreover, when the discussions took place between Albert Pearl and John D. Fienberg leading up to the signing of the note the latter was speaking for himself, and also as president of the appellant company. Both of Albert Pearl's debtors were represented. In the result, he received, in satisfaction of their debts, a note from one debtor, the company, for the full amount of both debts. By accepting the company's note in satisfaction of the debt of John D. Fienberg, Albert Pearl incurred a detriment. It is

[9] [1932] S.C.R. 57.
[10] (1887), 19 Q.B.D. 341.

Le juge Newcombe de cette Cour a, dans l'arrêt *Hutchison c. The Royal Institution for the Advancement of Learning*[9], adopté l'arrêt *Crears v. Hunter*[10], et cité du juge Lopes le passage suivant qu'on trouve à la p. 346 de l'arrêt *Crears*:

[TRADUCTION] En l'espèce présente la question est de savoir s'il existait quelque preuve d'une contrepartie pour le billet souscrit par le défendeur. En droit, il semble que la promesse de donner un délai constitue une bonne contrepartie, mais que constituerait également une bonne contrepartie un délai effectif à la demande expresse ou implicite du défendeur.

Je suis venu à la conclusion que l'entretien qu'ont eu MM. Albert Pearl et John D. Fienberg en mars 1967 équivalait à une demande de délai de la part des deux débiteurs des dettes préexistantes, et que lors de la remise du billet à ordre il y a eu délai effectif en faveur des deux débiteurs de dettes préexistantes, qui a duré plus d'un an. Il est vrai que la preuve concernant la contrepartie est mince, mais comme l'avocat de l'appelant l'a signalé le moyen d'absence de contrepartie n'a pas été soulevé dans la plaidoirie écrite et, par conséquent, on ne peut se surprendre que la question n'ait pas été touchée en détail durant l'instruction.

Par conséquent, je suis venu à la conclusion qu'une contrepartie valable existait tant pour la partie du billet à ordre correspondant aux achats d'actions pour le compte de J.D.F. Builders Limited que pour les paiements faits pour l'avancement des fiducies créées pour les enfants.

De plus, lorsque se sont tenus entre Albert Pearl et John D. Fienberg les entretiens qui ont mené à la signature du billet, ce dernier parlait en son nom propre, et aussi à titre de président de la compagnie appelante. Les débiteurs de Albert Pearl étaient tous deux représentés. En définitive, il a reçu, en satisfaction de leurs dettes, un billet de l'un d'eux, soit de la compagnie, pour le plein montant des deux dettes. En acceptant le billet de la compagnie en satisfaction de la dette de John D. Fienberg, Albert

[9] [1932] R.C.S. 57.
[10] (1887), 19 Q.B.D. 341.

true that the note was not received as absolute payment of John D. Fienberg's debt, but it was a conditional payment of that debt. Such debt would only revive if the note was not realized. There was, therefore, consideration for the note moving from Albert Pearl within the requirement of s. 53(1)(*a*) of the *Bills of Exchange Act*.

I have come to the conclusion that the appeal should be dismissed with costs and that the cross-appeal should be allowed to permit judgment to go against J.D.F. Builders Limited for the full amount of the note, $151,982, plus interest at seven per cent from March 1, 1967, until payment. The cross-appellant Albert Pearl (Management) Limited should have its costs in all courts against the appellant and cross-respondent J.D.F. Builders Limited.

I would not disturb the order of the Court of Appeal for Ontario as to the costs payable to John D. Fienberg and I would dismiss the cross-appeal in this Court against the said John D. Fienberg without costs.

*Appeal dismissed with costs, cross appeal allowed in part with costs, cross appeal against Fienberg dismissed without costs.*

*Solicitors for the appellant: Gardiner, Roberts, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Catzman & Wahl, Toronto.*

Pearl s'est créé un inconvénient. Il est vrai que le billet n'a pas été reçu comme paiement absolu de la dette de John D. Fienberg, mais il était un paiement conditionnel de cette dette. Cette dette ne devait renaître que si le billet n'était pas acquitté. Il y avait donc de la part de Albert Pearl une contrepartie pour le billet, en conformité de l'exigence de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 53 de la *Loi sur les lettres de change*.

J'en suis arrivé à la conclusion qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi avec dépens et d'accueillir le pourvoi incident aux fins de permettre que jugement soit rendu condamnant J.D.F. Builders Limited à payer le plein montant du billet, soit $151,982, plus un intérêt de sept pour cent à compter du 1er mars 1967 jusqu'à jugement. J.D.F. Builders Limited, appelante et intimée sur pourvoi incident, payera à l'appelante par pourvoi incident Albert Pearl (Management) Limited ses dépens dans toutes les cours.

Je suis d'avis de ne pas modifier l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario quant aux dépens payables à John D. Fienberg et je suis d'avis de rejeter sans dépens le pourvoi incident interjeté en cette Cour contre ledit John D. Fienberg.

*Appel rejeté avec depens, appel incident accueilli en partie avec depens, appel incident contre Fienberg rejeté sans depens.*

*Procureurs de l'appelante: Gardiner, Roberts, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Catzman & Wahl, Toronto.*

**Kathleen Lorrain Honan, an infant by her next friend Kenneth Honan, and the said Kenneth Honan** *(Plaintiffs) Appellants*;

and

**Raymond Gerhold and Nita Sinclair, executrix of the Last Will and Testament of Chester Doman, deceased** *(Defendants) Respondents*;

and

**London and Midland General Insurance Company** *Third Party.*

**Kathleen Lorrain Honan, une mineure représentée par son représentant *ad litem* Kenneth Honan, et ledit Kenneth Honan** *(Demandeurs) Appelants*;

et

**Raymond Gerhold et Nita Sinclair, exécutrice testamentaire de feu Chester Doman** *(Défendeurs) Intimés*;

et

**London and Midland General Insurance Company** *Tierce partie.*

1974: May 10; 1974: October 1.

Present: Martland, Judson, Spence, Dickson and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Motor vehicles—Owner's liability—Liability of registered owner—Determination of ownership at common law—The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 132.*

*Damages—Quantum—Review of award by appellate Court.*

The appellant had sued for damages resulting from a collision involving a vehicle driven by her and one driven by the late Chester Doman. The trial judge found that the accident had occurred solely through the negligence of Doman and granted judgment against Doman's executrix but dismissed the action against Gerhold the registered owner, at the time of the accident, of the vehicle driven by Doman. Doman had been the real and registered owner of the vehicle but, fearing execution of an alimony judgment, had secured registration in name of Gerhold by execution of a transfer and payment of sales tax on the transfer and registration costs. Doman retained sole control of the vehicle and continued to operate it, but Gerhold had secured its insurance coverage under his policy along with two other vehicles. The Court of Appeal affirmed the judgment at trial of $35,000 general damages, $5,244.75 special damages to the infant plaintiff and $12,643.42 to her father for

1974: le 10 mai; 1974: le 1er octobre.

Présents: Les juges Martland, Judson, Spence, Dickson et Beetz.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Véhicules automobiles—Responsabilité du propriétaire—Responsabilité du propriétaire enregistré—Qui était propriétaire selon la Common Law?—The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 132.*

*Dommages—Quantum—Révision de l'adjudication par la cour d'appel.*

La demanderesse a réclamé des dommages-intérêts pour les blessures subies dans une collision entre une voiture conduite par elle et une conduite par feu Chester Doman. Le juge de première instance a conclu que l'accident s'était produit uniquement en raison de la négligence de Doman et a rendu jugement contre l'exécutrice testamentaire de celui-ci, mais il a rejeté l'action contre Gerhold, le propriétaire enregistré, au moment de l'accident, du véhicule conduit par Doman. Ce dernier avait été le véritable propriétaire de cette voiture ainsi que son propriétaire enregistré mais, craignant l'exécution d'un jugement pour pension alimentaire, il avait fait immatriculer la voiture au nom de Gerhold en complétant la partie relative au transfert sur le certificat d'immatriculation et en payant le montant de la taxe de vente imposée lors de l'immatriculation ainsi que les frais de l'immatriculation. Doman a continué à se servir de la voiture et à en avoir entièrement la garde mais Gerhold la fit

expenses, and also the dismissal of the action against Gerhold.

*Held*: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred in finding that Gerhold had no title whatever in the vehicle. Doman moved to protect the vehicle from seizure in execution of a judgment which he could only do by transferring the title in the vehicle. Doman intended to and did transfer the vehicle. Gerhold, for his part, notwithstanding retention of possession and control by Doman, manifested his ownership and control of the vehicle by insuring it on his existing policy, by applying for registration on several occasions and by disposing of the wreck and taking for himself the proceeds. Whether or not "Owner" in s. 105 (now s. 132) of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1960, c. 172 (now R.S.O. 1970, c. 202.) should be interpreted to cover registered owner, Gerhold was the owner in the common law sense and therefore liable under s. 105 of the Act.

The Court of Appeal declined to amend the award of general damages on the basis that it was so inordinately low as to require amendment, however, in the circumstances, the award was inordinately low and a proper and conservative award for general damages would be $53,000, the special damages and damages to the father remaining as fixed at trial.

*Haberl v. Richardson*, [1951] O.R. 302; *Hayduk et al. v. Pidoborozny*, [1972] S.C.R. 879; *Gorman v. Hertz*, [1966] S.C.R. 13; *Nance v. British Columbia Railway Company Limited*, [1951] A.C. 601 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1] dismissing an appeal from a judgment of Grant J. awarding damages as against the driver but dismissing the action as against the registered owner of a motor vehicle. Appeal allowed.

[1] [1973] 2 O.R. 341.

assurer en vertu d'une police qu'il détenait et qui assurait déjà la couverture de deux autres voitures. La Cour d'appel confirma le jugement de première instance qui avait fixé à $35,000 les dommages généraux, à $5,244.75 les dommages spéciaux accordés à la demanderesse mineure, et à $12,643.42 le montant accordé à son père pour divers comptes, ainsi que le rejet de l'action contre Gerhold.

*Arrêt*: Le pourvoi doit être accueilli.

La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que Gerhold n'avait aucun droit de propriété que ce soit sur le véhicule. Doman a agi pour empêcher que sa voiture soit l'objet d'une saisie dans le cas d'exécution d'un jugement, ce qu'il ne pouvait faire qu'en transférant le droit de propriété sur la voiture. Doman avait l'intention de transférer sa voiture et il l'a effectivement fait. Gerhold, quant à lui, malgré le fait que Doman conservait la possession et la garde du véhicule, a affirmé son droit de propriété et de garde sur la voiture en l'inscrivant sous la couverture de sa police d'assurance, en faisant la demande d'immatriculation à maintes reprises, en vendant la voiture endommagée ainsi qu'en s'emparant du produit de la vente. Que le mot «propriétaire» de l'art. 105 (maintenant l'art. 132) du *Highway Traffic Act* R.S.O. 1960, c. 172 (maintenant R.S.O. 1970, c. 202.) soit interprété de façon à comprendre ou non le propriétaire enregistré, Gerhold avait selon la *common law* la propriété du véhicule et, par conséquent, était responsable en vertu de l'art. 105 de la Loi.

La Cour d'appel a refusé de modifier l'adjudication des dommages généraux pour le motif que le montant était si excessivement bas qu'il nécessitait une modification, cependant, dans les circonstances, le montant accordé était excessivement bas et un montant approprié et modéré pour les dommages généraux serait de l'ordre de $53,000, les dommages spéciaux et les dommages accordés au père demeurant tels qu'établis par le juge de première instance.

Arrêts mentionnés: *Haberl v. Richardson*, [1951] O.R. 302; *Hayduk et autres c. Pidoborozny*, [1972] R.C.S. 879; *Gorman c. Hertz*, [1966] R.C.S. 13; *Nance v. British Columbia Railway Company Limited*, [1951] A.C. 601.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1] qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Grant qui a accordé des dommages-intérêts contre le conducteur mais qui a rejeté l'action contre le propriétaire enregistré du véhicule automobile. Pourvoi accueilli.

[1] [1973] 2 O.R. 341.

*E. A. Cherniak, Q.C.*, and *R. R. Nicholson*, for the appellants.

*C. S. Ritchie* and *J. R. O'Donnell*, for the respondent Gerhold.

*W. Bell, Q.C.*, and *T. W. Hainsworth*, for the respondent Sinclair.

*B. O'Brien, Q.C.*, and *D. H. Proudfoot*, for the third party.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on December 1, 1972. By that judgment, the said Court dismissed an appeal without costs from the Judgment of Grant J. delivered on January 5, 1972.

The plaintiff, here appellant, had sued for damages for serious personal injuries sustained in an automobile collision between a vehicle driven by her and one driven by the late Chester Doman. The learned trial judge found that the accident occurred solely through the negligence of Doman and granted judgment against the executrix of the latter's last Will and Testament, he having died from unrelated causes subsequent to the accident. The learned trial judge, however, dismissed the action against Raymond Gerhold who had been the registered owner of the motor vehicle driven, at the time of the accident, by the late Chester Doman. Damages were assessed at trial in the amount of $35,000 general damages and $5,244.75 special damages to the plaintiff, who at the time of the commencement of the action was an infant, and $12,643.42 to Kenneth Honan, her father, for accounts such as hospitalization, medical attention, and other out-of-pocket expenses.

The action against Raymond Gerhold was, of course, based on the provisions of s. 105 of *The Highway Traffic Act* as it stood at the time of the accident. That section now is s. 132 of the Revised Statutes of Ontario, 1970, c. 202. Subsection (1) reads as follows:

132. (1) The owner of a motor vehicle is liable for loss or damage sustained by any person by reason of

*E. A. Cherniak, c.r.* et *R. R. Nicholson*, pour les appelants.

*C. S. Ritchie* et *J. R. O'Donnell*, pour l'intimée Gerhold.

*W. Bell, c.r.* et *T. W. Hainsworth*, pour l'intimé Sinclair.

*B. O'Brien, c.r.* et *D. H. Proudfoot*, pour la tierce partie.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario prononcé le 1er décembre 1972. Ladite Cour, par cet arrêt, rejetait, sans adjucation de dépens, un appel d'un jugement du juge Grant rendu le 5 janvier 1972.

La demanderesse, appelante en cette Cour, a réclamé des dommages-intérêts pour les blessures subies dans une collision entre une voiture conduite par elle et une conduite par feu Chester Doman. Le savant juge de première instance a conclu que l'accident s'était produit uniquement en raison de la négligence de Doman et a rendu jugement contre l'exécutrice testamentaire de celui-ci qui était décédé après l'accident, la cause du décès étant sans rapport avec l'accident. Le savant juge a, cependant, rejeté l'action contre Raymond Gerhold qui était le propriétaire enregistré du véhicule automobile conduit, au moment de l'accident, par feu Chester Doman. Les dommages de la demanderesse, qui lorsque l'action a été intentée était mineure, ont été évalués au procès à $35,000 pour dommages généraux et $5,244.75 pour dommages spéciaux et ceux de son père, Kenneth Honan, à $12,643.42, pour divers comptes tels que frais d'hôpitaux, frais médicaux et autres débours.

L'action contre Raymond Gerhold était, évidemment, fondée sur les dispositions de l'art. 105 du *Highway Traffic Act* en vigueur au moment de l'accident. Cet article est devenu l'article 132 du c. 202 des statuts revisés de l'Ontario, 1970. Le paragraphe 1 se lit comme suit:

[TRADUCTION] 132. (1) Le propriétaire d'un véhicule automobile est responsable de toute perte ou dom-

negligence in the operation of the motor vehicle on a highway unless the motor vehicle was without the owner's consent in the possession of some person other than the owner or his chauffeur, and the driver of a motor vehicle not being the owner is liable to the same extent as the owner.

Grant J. was of the opinion that the word "owner" in that subsection did not mean an owner registered under the provisions of *The Highway Traffic Act* but rather the real owner. He accepted the guidance of such decisions as *Wynne v. Dalby*[2], *Comer v. Kowaluk*[3], and *Haberl v. Richardson*[4], to determine that the person to whom the section referred in the word "owner" was the person who had the dominion and control over the automotive vehicle. The appellant here appealed from that judgment to the Court of Appeal for Ontario and Jessup J. A. gave reasons for the Court. At the commencement of his reasons, the learned justice on appeal said:

At the conclusion of the appeal the Court indicated it was not prepared to regard the assessment of general damages as a wholly erroneous estimate of the damages of the infant Plaintiff but reserved judgment on the issue of the liability of the Defendent Gerhold.

Jessup J. A. proceeded to consider the provisions of s. 105 and many other sections of *The Highway Traffic Act* as it then existed, and expressed a concurrence with the view of Grant J. that the sections did not require that the word "owner" in s. 105 (now s. 132) be interpreted as the registered owner. As to the proper test by which it might be determined who was the owner within the meaning of s. 105, the learned justice on appeal considered the decision of this Court in *Hayduk et al. v. Pidoborozny et al.*[5] That decision has been pronounced on May 1, 1972, *i.e.*, after the decision of Grant J. and prior to the argument in the Court of Appeal. In

[2] (1913), 30 O.L.R. 67.
[3] [1938] O.R. 655.
[4] [1951] O.R. 302.
[5] [1972] S.C.R. 879.

mage subi par une personne et attribuable à l'utilisation négligente du véhicule automobile sur un chemin public à moins que le véhicule automobile n'ait été, sans le consentement du propriétaire, en la possession d'une personne autre que le propriétaire ou son chauffeur, et le conducteur d'un véhicule automobile qui n'en est pas le propriétaire est responsable dans la même mesure que le propriétaire.

Le juge Grant a été d'avis que le mot «propriétaire» dans ce paragraphe ne signifie pas un propriétaire enregistré conformément aux dispositions du *Highway Traffic Act* mais plutôt le véritable propriétaire. Il a accepté de se guider sur des arrêts tels que *Wynne v. Dalby*[2], *Comer v. Kowaluk*[3], et *Haberl v. Richardson*[4], pour décider que la personne que l'article visait par le mot «propriétaire» était la personne qui avait le pouvoir (du maître) et le contrôle. L'appelante en cette Cour a interjeté appel de ce jugement-là à la Cour d'appel de l'Ontario et le juge d'appel Jessup a rédigé les motifs de la Cour d'appel. Au début de ses motifs, le savant juge d'appel a dit:

[TRADUCTION] A la fin de l'audition de l'appel la Cour a indiqué qu'elle n'était pas prête à considérer l'évaluation des dommages généraux comme une estimation complètement erronée des dommages subis par la demanderesse mineure mais qu'elle réservait son jugement sur la question de la responsabilité du défendeur Gerhold.

Le juge d'appel Jessup a fait l'étude des dispositions de l'art. 105 et de plusieurs autres articles du *Highway Traffic Act* alors en vigueur et a dit qu'il souscrivait à l'opinion du juge Grant que les articles n'exigent pas que le mot «propriétaire» dans l'art. 105 (maintenant l'art. 132) soit interprété comme désignant le propriétaire enregistré. Recherchant le critère approprié selon lequel on pourrait déterminer qui était le propriétaire selon le sens de l'art. 105, le savant juge d'appel a examiné la décision de cette Cour dans *Hayduk et al. c. Pidoborozny et al.*[5] Cette décision a été rendue le 1er mai 1972, c.-à-d., après le jugement du juge Grant et avant

[2] (1913), 30 O.L.R. 67.
[3] [1938] O.R. 655.
[4] [1951] O.R. 302.
[5] [1972] R.C.S. 879.

concluding his reasons, Jessup J. A. said:

In my opinion *Haberl v. Richardson (supra)* cannot stand with *Hayduk (supra)* and that seems clearly to be the view of Laskin J. in his concurring judgment in *Hayduk (supra).* Accordingly, it is my view that a registered owner of a motor vehicle who has any title to it is vicariously liable under the Ontario statute for negligence in its operation notwithstanding that dominion and control is in another. In the present case, however, the defendant Gerhold had no title whatever in the vehicle registered in his name. I think judicial notice can be taken that the application for transfer form appearing in a motor vehicle permit issued in this Province does not contain any words of conveyance or assignment that would cause its completion to operate to convey to a transferee title in the vehicle to which the permit relates.

In my view, it will be sufficient for the disposition of this appeal if I were to consider the conclusion set out in that paragraph and particularly to investigate the question of whether Gerhold "had no title whatever in the vehicle registered in his name". This consideration requires a rather careful review of the facts none of which are in dispute and which were all found by the learned trial judge.

The late Chester Doman had in 1965 purchased a Ford Galaxie automobile which he had first put in the name of a woman Geraldine Squires with whom he was then living. In November 1965, he caused the vehicle to be transferred to his own name, following an argument with Mrs. Squires. It would appear that the late Chester Doman's legal wife had an alimony judgment against him and was threatening to take his assets by execution including this 1965 Ford Galaxie automobile. The learned trial judge stated that in 1965 Doman came to Gerhold and asked the latter if he would allow the vehicle to be registered in his name. I am of the opinion that there is an error in the recital of that date as produced at trial as Ex. 19 was a transfer vehicle permit for the year 1966 which

que la cause ne soit entendue par la Cour d'appel. En concluant ses motifs, le juge d'appel Jessup a déclaré:

[TRADUCTION] A mon avis l'arrêt *Haberl v. Richardson* (*supra*) ne peut se tenir avec l'arrêt *Hayduk* (*supra*) et ceci semble clairement être l'opinion exprimée par le juge Laskin dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'affaire *Hayduk* (*supra*). Par conséquent je suis d'avis qu'un propriétaire enregistré qui a un droit de propriété quelconque afférent au véhicule encourt une responsabilité subsidiaire en vertu de la loi ontarienne pour l'utilisation négligente de ce véhicule même si c'est un autre qui a le pouvoir et le contrôle. En l'espèce, cependant, le défendeur Gerhold n'avait aucun droit de propriété que ce soit dans le véhicule immatriculé à son nom. Je crois que la Cour peut prendre connaissance d'office de ce que la formule de demande de transfert incluse dans le certificat d'immatriculation de véhicule émis dans cette province, ne contient pas de termes de transport ou de cession propres à transporter au cessionnaire, lors de la signature, un droit de propriété dans le véhicule mentionné au certificat.

A mon avis il sera suffisant pour décider le pourvoi d'examiner la conclusion énoncée dans cet alinéa et particulièrement d'approfondir la question à savoir si Gerhold «n'avait aucun droit de propriété que ce soit dans le véhicule immatriculé à son nom». Cette étude exige une revue plutôt minutieuse des faits dont aucun n'est contesté et qui ont tous été relevés par le savant juge de première instance.

Feu Chester Doman s'était porté acquéreur en 1965 d'une Ford Galaxie qu'il avait d'abord mise au nom d'une certain Géraldine Squires avec qui il faisait vie commune. En novembre 1965, à la suite d'une dispute avec M^me^ Squires, il fit transférer le véhicule à son propre nom. Il semblerait que l'épouse de feu Chester Doman avait contre lui un jugement pour pension alimentaire et qu'elle menaçait d'exécuter ledit jugement par voie de saisie sur ses biens, y compris la voiture Ford Galaxie 1965. Le savant juge de première instance a déclaré qu'en 1965 Doman est venu voir Gerhold et a demandé à ce dernier s'il permettrait que le véhicule soit immatriculé à son nom. Je suis d'avis qu'il y a erreur dans l'énonciation de cette date produite au procès car la pièce 19 est un

indicates that the transfer from Doman to Gerhold took place in that year. The actual year is not important. What occurred was that Doman drove up to Gerhold's residence, summoned him by tooting the horn, explained to him upon Gerhold coming out to the automobile that he feared his wife would take his car and he asked Gerhold to accept the registration of the car in his name. Doman executed the transfer portion of the automobile licence issued by the Department and paid to Gerhold the sales tax which would be assessed when the registration was made in Gerhold's name and also the registration cost. Doman calculated the value of the vehicle to be $1,000. Gerhold then attended the local motor vehicle registration office, presented the transfer form completed and the cash for the sales tax and cost of transfer, and had issued to him the 1966 transfer vehicle permit now Ex. 19. Doman continued to operate the automobile and to have the sole control of it but Gerhold, even prior to the transfer having been registered in his name, had notified his insurance agents and the vehicle described by serial number was registered as being covered by an insurance policy which Gerhold had in the London and Midland General Insurance Company and which already covered two other vehicles. The following year, 1967, Doman applied for a new registration in Gerhold's name and signed Gerhold's name to the application form without any authority from Gerhold. Gerhold remonstrated and insisted that he should sign all such forms so that in the year 1968 and again 1969 Gerhold himself took the current year's motor vehicle permit into the local registration office and he himself signed the application for the issuance of the annual renewal licence.

The situation continued in this way until the date of the accident.

transfert d'immatriculation pour l'année 1966, ce qui démontre que le transfert de Doman à Gerhold a eu lieu au cours de cette année-là. La date réelle n'est pas importante. Ce qui s'est produit c'est que Doman s'est rendu en voiture à la demeure de Gerhold, l'a fait sortir en klaxonant, lui a expliqué qu'il craignait que son épouse saisisse sa voiture et a demandé à Gerhold d'accepter d'immatriculer la voiture à son nom. Doman compléta, sur le certificat d'immatriculation émis par le ministère, la partie relative au transfert et paya à Gerhold le montant de la taxe de vente qui serait imposée lors de l'immatriculation du véhicule sous le nom de Gerhold, ainsi que les frais de l'immatriculation. Doman estima la valeur du véhicule à $1,000. Ensuite Gerhold se présenta au bureau local d'immatriculation des véhicules automobiles, remit la formule de transfert remplie ainsi que le montant pour la taxe de vente et le coût du transfert et on lui émit un certificat de transfert de voiture pour l'année 1966, maintenant la pièce 19. Doman a continué à se servir de la voiture et à en avoir entièrement le contrôle mais Gerhold, même avant que le transfert ait été fait à son nom, avait avisé ses courtiers d'assurance et le véhicule désigné par son numéro de série a été immatriculé comme assuré en vertu d'une police détenue par Gerhold avec London and Midland General Insurance Company et qui assurait déjà la couverture de deux autres voitures. L'année suivante, en 1967, Doman fit une demande pour renouveler l'immatriculation au nom de Gerhold et signa le nom de Gerhold sur la formule de demande sans aucune autorisation de ce dernier. Gerhold fit valoir sa désapprobation de ce geste et insista qu'il devait signer lui-même les formules de ce genre de sorte qu'en 1968 et de nouveau en 1969 Gerhold lui-même se rendit au bureau local avec le certificat d'immatriculation du véhicule pour l'année courante et il signa lui-même la demande d'émission de renouvellement annuel du certificat.

Les choses continuèrent ainsi jusqu'à la date de l'accident.

Doman was very seriously injured in the accident. The Ontario Provincial Police, in the course of the investigation, contacted Gerhold and he informed the police that Doman was driving the vehicle with his, Gerhold's, consent as the owner. It was Gerhold who directed the removal of the vehicle to an automobile wrecker. Gerhold had two conversations, one personal and one a mere telephone conversation, with Doman following the accident as to what should be done with reference to the automobile. In the first of these, Gerhold testified Doman expressed the desire to have the vehicle repaired but he, Gerhold, was of the opinion that the costs of such repairs would exceed the value of the vehicle. In the second, Doman merely remarked "what should *we* do?" After Doman's death, Gerhold sold the vehicle to a local firm of auto wreckers for $141. A cheque was issued in Gerhold's name and delivered to him. He cashed the cheque and used the proceeds for his own purposes.

Doman a été grièvement blessé dans l'accident. La sûreté provinciale de l'Ontario, durant son enquête, communiqua avec Gerhold et celui-ci déclara à la police que Doman conduisait le véhicule avec sa permission à lui, Gerhold, en tant que propriétaire. Ce fut Gerhold qui ordonna le transfert de la voiture chez un démolisseur d'automobiles. Gerhold a eu deux conversations, une personnellement et une autre simplement par téléphone, avec Doman après l'accident à l'égard de ce qui devrait être fait de la voiture. Lors de la première conversation, selon le témoignage de Gerhold, Doman a exprimé le désir de faire réparer la voiture mais lui, Gerhold, était d'avis que le coût des réparations dépasserait la valeur de la voiture. Au cours de la seconde conversation, Doman mentionna seulement [TRADUCTION] «qu'est-ce que *nous* devrions faire?» Après la mort de Doman, Gerhold a vendu la voiture à une entreprise locale de démolition d'automobiles pour $141. Un chèque a été émis payable à Gerhold et lui a été remis. Il a encaissé le chèque et en a utilisé le produit à ses propres fins.

In the defence as originally entered, Gerhold continued to tell the same story as he had given to the police and it was only after his own solicitors, and not the solicitor for the third party who had charge of the litigation until then, discovered the facts which I have now recited that an amended defence was entered. Those, briefly stated, are the circumstances upon which Jessup J.A. made the finding that "in the present case, however, the defendant Gerhold has no title whatever in the vehicle registered in his name".

Dans la défense produite originairement, Gerhold s'en est tenu à la même version qu'il avait donnée à la police et c'est seulement après que ses propres avocats, et non pas l'avocat de la tierce partie qui s'était occupée du litige jusqu'alors, eurent découvert les faits dont je viens juste de faire la narration, qu'une défense amendée a été produite. Voilà les circonstances, racontées brièvement, sur lesquelles le juge d'appel Jessup s'est fondé pour conclure que [TRADUCTION] «en l'espèce cependant, le défendeur Gerhold n'a aucun droit de propriété que ce soit dans le véhicule immatriculé à son nom».

With every respect for the learned justice on appeal, I am not so persuaded. What had moved Chester Doman was to protect the vehicle from seizure in execution of the judgment held by his wife. That end could not be accomplished unless he transferred the automobile. He, therefore, did transfer the automobile. The transfer gave Gerhold the legal title and it was intended to have that exact effect. The form of applica-

Avec tout le respect pour le savant juge d'appel, je n'en suis pas convaincu. Ce qui a incité Chester Doman à agir, c'était empêcher que sa voiture soit l'objet d'une saisie, dans le cas d'exécution par son épouse du jugement que celle-ci avait contre lui. Cela ne pouvait pas s'accomplir sans qu'il transfère la voiture. Par conséquent, il effectua le transfert qui a transmis à Gerhold le droit de propriété légal suivant

tion for register of the transfer does, in my view, contain words which show that there has been a conveyance. Such a form appears in Ex. 19 and it should be noted that the form is signed both by the transferor and the transferee and it contains the words: "I hereby give notice of the change of ownership of the vehicle described hereon and make application for transfer of the permit". Of course, under the circumstances, the late Chester Doman continued to have the exclusive possession of the automobile and have it under his dominion and control. That was part of the transaction. In fact exclusive dominion and control was present in both *Haberl v. Richardson* and *Hayduk v. Pidoborozny*. Despite this, however, Gerhold did manifest his ownership in several important actions. Firstly, he placed the vehicle under his insurance policy, and so certified to the insurance company that the vehicle was his. Secondly, he applied for the registration, in the first place in 1966 and again in 1968 and 1969, and he took great objection to Doman having done so in Gerhold's name in the year 1967. Finally, and in my view most important, he disposed of the wrecked car and took the proceeds for his own use with evidently no intention of accounting to the estate of the late Chester Doman. This latter action could only be consistent with an assertion of his ownership of the vehicle.

I have therefore come to the conclusion that the appeal should succeed on the basis that whether the word "owner" in s. 105 (now s. 132) of *The Highway Traffic Act* should be interpreted to cover registered owner, Gerhold was the owner in a common law sense of the vehicle which was involved in this accident and therefore Gerhold is liable under the provisions of the said s. 105 of *The Highway Traffic Act*.

la *Common Law* et c'était là exactement le but recherché. La formule de demande d'immatriculation pour un transfert contient, à mon avis, certains mots qui indiquent qu'il y a eu un transport. Cette formule apparaît à la pièce 19 et on doit remarquer qu'elle est signée à la fois par le cédant et le cessionnaire et qu'elle contient les mots: [TRADUCTION] «Je, par la présente, donne avis du changement de propriété du véhicule décrit ci-après et fais une demande de transfert du certificat d'immatriculation». Évidemment, dans les circonstances, feu Chester Doman a continué à avoir la possession exclusive de la voiture et à l'avoir sous son pouvoir et contrôle. Cela faisait partie de l'arrangement. En fait, on retrouve la notion de pouvoir et contrôle exclusif à la fois dans *Haberl v. Richardson* et *Hayduk c. Pidoborozny*. Malgré ceci cependant, Gerhold a agi en propriétaire en plusieurs occasions importantes. D'abord, il a inscrit la voiture sous la couverture de sa police d'assurance, et ce faisant il certifiait à la compagnie d'assurance que la voiture était à lui. Deuxièmement, il a fait la demande d'immatriculation, d'abord en 1966 et de nouveau en 1968 et 1969, et il a montré fortement sa désapprobation lorsque Doman l'avait fait en son nom en 1967. Enfin, et à mon avis c'est là le point le plus important, il a vendu la voiture endommagée et a utilisé le produit de la vente à ses propres fins sans de toute évidence avoir l'intention d'en rendre compte à la succession de feu Chester Doman. Ce dernier geste ne peut être compatible qu'avec une affirmation de son droit de propriété sur la voiture.

J'en suis par conséquent venu à la conclusion que le pourvoi devrait être accueilli à partir du principe que, que le mot «propriétaire» de l'art. 105 (maintenant l'art. 132) du *Highway Traffic Act* soit interprété de façon à inclure ou non le propriétaire enregistré, Gerhold avait selon la *Common Law* la propriété du véhicule qui a été impliqué dans l'accident et par conséquent Gerhold est responsable en vertu des dispositions dudit art. 105 du *Highway Traffic Act*.

In the result, the respondent Gerhold should be held jointly liable to the appellants together with the respondent Nita Sinclair.

I turn now to the appellants' appeal as to the quantum of damages. As I have said, the learned trial judge awarded $35,000 in special damages and that amount the appellants did submit to the Court of Appeal for Ontario and do now submit to this Court is inordinately low. I have already cited the disposition made of the appeal as to quantum in the Court of Appeal for Ontario.

This Court in *Gorman v. Hertz*[6], adopted the well-known statement by Viscount Simon in *Nance v. British Columbia Electric Railway Company Limited*[7], at p. 613, that the appellate court in deciding whether it is justified in disturbing the finding of the court of first instance as to the quantum of damages must be guided by the principle that it is not justified in substituting a figure of its own for that awarded by the court below simply because it would have awarded a different figure if it had tried the case in the first instance and that before the appellate court can properly intervene it must be satisfied that either the judge in assessing the damages applied a wrong principle of law or, short of this, that the amount awarded is so inordinately low or so inordinately high that it must be a wholly erroneous estimate of the damage. That statement has been adopted in this Court in many cases before and in several cases after *Gorman v. Hertz.*

The learned trial judge examined the appellants' claim for damages in meticulous detail. He carefully cited a list of the injuries which the plaintiff Kathleen Honan suffered in the accident as follows:

(a) a fracture of the left femur;

[6] [1966] S.C.R. 13.
[7] [1951] A.C. 601.

Comme conclusion, l'intimé Gerhold doit être tenu, conjointement avec l'intimée Nita Sinclair, responsable envers les appelants.

Je passe maintenant au pourvoi des appelants à l'égard du montant des dommages-intérêts. Comme je l'ai mentionné, le savant juge de première instance a alloué $35,000 en dommages-intérêts spéciaux et les appelants ont prétendu devant la Cour d'appel de l'Ontario et maintenant devant cette Cour que ce montant était excessivement bas. J'ai déjà mentionné comment la Cour d'appel de l'Ontario avait décidé la question du montant des dommages.

Cette Cour, dans l'arrêt *Gorman c. Hertz*[6], a adopté la déclaration bien connue faite par le vicomte Simon dans *Nance v. British Columbia Electric Railway Company Limited*[7], à la p. 613, à savoir, que la Cour d'appel, en décidant si elle est fondée à modifier les conclusions d'une cour de première instance relativement au montant des dommages-intérêts, doit respecter le principe qu'elle n'est pas autorisée à remplacer le montant alloué par une cour d'instance inférieure par un montant calculé par elle simplement parce qu'elle aurait elle-même accordé un montant différent si elle avait jugé l'affaire en première instance, et qu'avant que la cour d'appel puisse intervenir à bon droit, elle doit être convaincue soit que le juge, en évaluant les dommages, a appliqué un principe juridique erroné ou, si tel n'est pas le cas, que le montant des dommages est ou bien si excessivement bas ou si excessivement élevé qu'une telle estimation des dommages doit de ce fait être entièrement erronée. Cette déclaration a été adoptée par cette Cour dans plusieurs arrêts antérieurs et postérieurs à l'arrêt *Gorman v. Hertz.*

Le savant juge de première instance a fait un examen méticuleux de la réclamation de l'appelante. Il a cité la liste des blessures subies dans l'accident par la demanderesse Kathleen Honan, comme suit:

[TRADUCTION] a) une fracture du fémur gauche;

[6] [1966] R.C.S. 13.
[7] [1951] A.C. 601.

(b) a compound fracture of the midshaft both of the right tibia and fibula;

(c) large cuts and bruises over both knees with fractures of both kneecaps;

(d) a fracture of the pelvis;

(e) fractures involving the metatarsels of the right foot;

(f) about one-third of one of her back teeth was chipped off and four front upper and lower teeth had chips and sharp edges which were smoothed off with dental equipment;

(g) there was also multiple bruises to her head, body and limbs. She was under severe shock and lost a great quantity of blood.

The learned trial judge continued:

She was taken to Victoria Hospital under the care of Dr. William George Jamieson a specialist in surgery. The left femur was placed in balance traction and a long leg plaster of Paris cast applied to her fractured right tibia and fibula. The right kneecap was removed. The casts on the right leg were removed on June 24th and on June 27th the left leg was taken out of the traction sling and placed in a spica cast from her waist to feet where it remained until June 30th. Up until this time she had been immobile.

On July 17th she was removed by ambulance to her home in Toronto where she was confined to bed. On September 12th she was returned to Victoria Hospital where x-rays indicated her left leg was not yet healed. The wires were removed but the spica cast was continued on the right leg.

She remained in hospital until October 12th taking very extensive physiotherapy to restore muscles and bend her knees. September 29th was the first time she was out of bed. The cast remained on her right leg until October 12th.

When she left the hospital on this occasion she was able to get about on crutches. She returned home until December 3rd when she returned to hospital to have the cast removed from her right leg. On this occasion she remained in hospital until December 17th taking further physiotherapy. She made all attempts by way of exercise at home to restore the

b) une fracture ouverte à la mi-diaphyse des deux os de la jambe droite, le tibia et le péroné;

c) des entailles profondes et des ecchymoses sur les deux genoux ainsi que des fractures des deux rotules;

d) une fracture du bassin;

e) des fractures au niveau des métatarsiens du pied droit;

f) près du tiers d'une de ses dents arrières a été arraché et quatre dents situées à l'avant, supérieures et inférieures, ont été sérieusement ébréchées ce qui a nécessité un polissage par un dentiste;

g) elle a eu aussi des ecchymoses nombreuses à la tête, au corps et aux membres. Elle a subi un choc grave et a perdu une grande quantité de sang.

Le savant juge de première instance a continué:

Elle a été conduite à l'Hôpital Victoria où elle a été sous les soins du Dr William George Jamieson, un spécialiste en chirurgie. Le fémur gauche a été placé en traction avec une pesée et la jambe droite fut mise dans un long plâtre de Paris pour réduire les fractures du tibia et du péroné. La rotule du genoux droit a été enlevée. Le 24 juin on procéda à l'enlèvement du plâtre de la jambe droite et le 27 juin on retira la jambe gauche de l'appareil de traction pour la recouvrir ensuite de bandages spicas, à partir de la taille jusqu'aux pieds. Ces bandages n'ont pas été enlevés avant le 30 juin. Jusqu'à cette date elle était demeurée immobile.

Le 17 juillet elle a été transportée par ambulance chez elle à Toronto où elle dû garder le lit. Le 12 septembre elle est retournée à l'Hôpital Victoria où les examens radiographiques ont montré que sa jambe gauche n'était pas encore guérie. On enleva les fils de fer mais on garda les bandages spicas sur la jambe droite.

Elle est demeurée à l'hôpital jusqu'au 12 octobre, où elle se soumit à des traitements intensifs de physiothérapie afin de restaurer ses muscles et plier ses genoux. Elle laissa le lit pour la première fois le 29 septembre. Sa jambe droite est demeurée bandée jusqu'au 12 octobre.

Lorsqu'elle a quitté l'hôpital, elle était capable de se déplacer à l'aide de béquilles. Elle retourna à la maison où elle demeura jusqu'au 3 décembre, jour où elle retourna à l'hôpital pour faire enlever le bandage de sa jambe droite. A cette occasion, elle est restée à l'hôpital jusqu'au 17 décembre, prenant d'autres traitements physiothérapiques. Elle tenta de toutes les

leg muscles and by the end of January was walking with the use of canes.

Early in that month, on the advice of her doctor she flew to Florida to enlist the help of sunshine and warm weather in her recovery. She returned with her parents by automobile on January 10th, 1970. She discarded the canes at the end of that month. She had been such a good student at Teachers' College that she was granted her diploma and not required to return for further training.

About February 1st she started teaching one day a week and this was gradually increased until she was spending full time in such vocation by May. In September of that year she started teaching Grade V and has continued steadily at such work since then. The fracture of the pelvis which was only slightly displaced healed satisfactorily without special treatment. For some two months after the accident she had double vision but thereafter this presented no problem to her.

There is an obvious bow in her left femur extending out to the left as shown in Ex. 10. This can only be corrected by again breaking and resetting her leg. There is also a shortening in the left leg of between one-half to two-thirds of an inch. This is compensated to some extent by a lift which has been placed in her shoe. The right leg has healed well but some tenderness exists in the bone below the knee. She has some stiffness in the left hip. She walks with a noticeable limp and to some extent her gait has the appearance of a waddle.

If she remains in one position for any period of time, either sitting or standing, she will have aching discomfort in her legs. When she awakens in the morning she is stiff until she gets moving around. She had limitations of motion in both her knees although this is more pronounced in the left. She has aching discomfort around her knee joints and if she attempts to kneel she will have difficulty in doing so because of the sensitivity of her knees.

She has a very good range of back motion without any apparent discomfort. It is by bending at the back that she ordinarily moves to pick anything off the floor. When she attempts to do a hip and knee squat she can only get down about fifty per cent of this movement. She has full extension of the left knee but flexes the knee to approximately ten degrees beyond

façons, en faisant des exercices à la maison, de restaurer les muscles de ses jambes et à la fin de janvier elle marchait en se servant de cannes.

Plus tôt au cours de ce mois-là, sur les conseils de son médecin, elle s'était rendue par avion en Floride afin que le soleil et la chaleur accélèrent sa guérison. Elle est revenue en voiture avec ses parents le 10 janvier 1970. A la fin du mois, elle n'avait plus besoin de cannes. Elle avait été une bonne étudiante au Teacher's College, à tel point qu'on lui accorda son diplôme et qu'elle ne fut pas obligée d'y retourner pour continuer son stage.

Vers le 1$^{er}$ février, elle a commencé à enseigner une journée par semaine et elle augmenta graduellement de sorte qu'au mois de mai elle consacrait tout son temps à l'enseignement. Au mois de septembre de cette année-là, elle a commencé à enseigner en classe de 5$^{e}$ et depuis elle a continuellement gardé cet emploi. La fracture du pelvis qui avait été déplacé très légèrement a guéri de façon satisfaisante sans traitement particulier. Durant quelque deux mois après l'accident elle a souffert de double vision, ce qui n'a pas subsisté par la suite.

Il y a une inclinaison évidente vers l'extérieur gauche du fémur gauche, tel que le montre la pièce 10. La seule façon d'y remédier serait de briser encore la jambe et de la replacer. Il y a aussi un racourcissement de la jambe gauche d'environ un demi à deux tiers de pouce. Ceci est corrigé jusqu'à un certain point par une semelle épaisse placée dans son soulier. La jambe droite a bien guéri mais l'os sous le genou demeure sensible. Elle ressent quelque raideur à la hanche gauche. Elle marche en boitant visiblement et jusqu'à un certain point sa démarche ressemble à un dandinement.

Si elle conserve la même position durant un certain temps, soit assise ou debout, elle ressent des douleurs dans les jambes. Lorsqu'elle se réveille le matin elle se sent engourdie tant qu'elle ne commence pas à circuler. Elle ne peut mouvoir ses deux genoux à son gré, son genou gauche étant le plus touché. Elle ressent des malaises et des douleurs dans la région des articulations des genoux et si elle essaye de s'agenouiller elle a de la difficulté à le faire à cause de la sensibilité de ses genoux.

Elle peut faire la plupart des mouvements vers l'arrière sans malaise apparent. C'est en se penchant par en arrière que d'ordinaire elle ramasse un objet par terre. Lorsqu'elle tente de s'accroupir elle ne peut compléter son mouvement qu'à cinquante pour cent. L'extension de son genou gauche est parfaite mais si elle le plie à approximativement dix degrés au-delà

a right angle and the knee then seems to have almost a mechanical block.

There is crepitation on flexion and extension of the left knee. There is a hyperesthesia along the scar on the inferior portion of the left knee. This scar is about eight inches in length. She also has a scar where the traction was applied to the left tibia and a slightly smaller scar distal to this. She has a satisfactory range of ankle movement on the left side.

The right knee has the absence of the patella and again there is hypersensitivity associated with the surgical incision. This knee has full extension and flexes almost completely, lacking about fifteen degrees of full flexion. There was, however, some ligamentous instability in this knee both in the crucial ligaments and the collateral ligaments. She has tenderness on the small puncture wound at the junction of the lower and mid-third of the right tibia and this is quite pronounced. She has some discomfort on the dorsal aspect of her right foot.

The disability relative to her left knee is permanent and it is the opinion of Dr. Cameron that this will increase somewhat in its severity and she will have difficulty in climbing stairs. She has evidence of post-traumatic arthritis in her knee which the doctor feels will increase in severity in time. She has a permanent disability of the right knee in that she lacks full flexion and this will probably not improve. She has some parasthesia associated with both knees. This will persist and be a nuisance type of problem to her. She has tenderness at the fracture site in the right tibia. The scars on the base of each knee as shown in Ex. 9 are large, discoloured and very noticeable. These can be improved by plastic surgery. There is also a depressed scar on the front of the right tibia, together with two scars where the traction was applied to the left tibia. All these scars are very obvious and are a source of real concern to her.

She must have sustained very considerable pain during the course of her hospitalization and convalescence. She still takes medication to ease the pain. She is limited in her ability to engage in sports that she would normally enjoy. She is very conscious of her disability and disfigurement. She will be put to further medical and hospitalization expense if she has

d'un angle droit, le genoux semble alors presque se heurter à un obstacle mécanique.

L'extension ou la contraction du genoux gauche produit une crépitation. Il existe une hyperesthésie le long de la cicatrice située sur la partie inférieure du genou gauche. Cette cicatrice mesure environ huit pouces de long. Elle a aussi une cicatrice à l'endroit où le système de traction a été attaché au tibia gauche et une cicatrice légèrement plus petite du côté opposé de la jambe. Du côté gauche, les mouvements de sa cheville sont satisfaisants.

Le genou droit n'a pas de rotule et encore il existe une hypersensibilité au niveau de l'incision chirurgicale. Ce genou n'a pas de difficulté d'extension et il se plie presque complètement, manquant quelque quinze degrés pour parvenir à une flexion complète. Il subsiste cependant une certaine instabilité au niveau des ligaments de ce genou, tant des ligaments cruciformes que des ligaments collatéraux. La petite blessure causée par la perforation à la jonction de la partie inférieure et du tiers moyen du tibia droit lui cause une sensibilité très marquée à cet endroit. Le dessus de son pied droit la fait quelque peu souffrir.

L'incapacité relative à son genou gauche est permanente et d'après le Dr Cameron celle-ci s'aggravera jusqu'à un certain point et elle aura de la difficulté à monter des escaliers. Elle montre au genou des signes d'arthrite post-traumatique dont l'intensité, selon le médecin, augmentera avec le temps. Elle a une incapacité permanente du genou droit en ce sens que la flexion ne peut se faire complètement et cette condition ne s'améliorera probablement pas. Elle souffre de parasthésie aux deux genoux. Ceci demeurera et sera pour elle une source d'ennuis. L'endroit où le tibia droit a été fracturé demeure très sensible. Les cicatrices au-dessous de chacun des genoux, telles qu'elles apparaissent à la pièce 9, sont grandes, décolorées et très visibles. Celles-ci pourraient être améliorées par chirurgie plastique. Il y a aussi une cicatrice déprimée sur l'avant du tibia droit ainsi que deux cicatrices à l'endroit où les fils de traction avaient été appliqués au tibia gauche. Toutes ces cicatrices sont très visibles et sont pour elle une cause de réels soucis.

Elle a dû endurer des douleurs très pénibles au cours de son hospitalisation et de sa convalescence. Elle prend encore des médicaments pour soulager la douleur. Sa capacité de pratiquer des sports auxquels normalement elle pourrait prendre plaisir est restreinte. Elle est très consciente de son incapacité et de son préjudice esthétique. Elle sera appelée à subir

further operations to improve the appearance of the scars or the bowing of her leg.

After such an extremely detailed analysis of the appellant's injuries, the treatment thereof, the results therefrom, the appellant's then condition and her prognosis, the learned trial judge concluded most briefly:

I would fix her general damages at $35,000.00. Her loss of income, damages clothing and automobile total $5,244.75. Kenneth Honan, her father, incurred accounts for hospitalization, medical attention and other out-of-pocket expenses in the total sum of $12,643.42.

Jessup J.A., in giving reasons for judgment for the Court of Appeal, said:

At the conclusion of the appeal the Court indicated it was not prepared to regard the assessment of general damages as a wholly erroneous estimate of the damages of the infant Plaintiff but reserved judgment on the issue of the liability of the Defendant Gerhold.

Counsel for the appellant in this Court submitted a most persuasive argument that the award for general damages made by the learned trial judge was so inordinately low as to require amendment by the Court of Appeal and that it is the duty of this Court under the provisions of s. 47 of the *Supreme Court Act* to increase that award to an amount which the Court of Appeal should have awarded.

I think it must be noted that the learned trial judge in his reasons for judgment found that the respondent Gerhold was not liable to the plaintiffs for damages. Nita Sinclair as executrix of the Estate of Chester Doman was represented at trial, in the Court of Appeal, and in this Court but she neither testified herself nor called evidence. Her counsel has throughout taken the position that Gerhold should be found jointly liable. Some evidence at trial indicated that the late Chester Doman had obtained a reduction to nil of the payments to be made by him as directed in the judgment in his wife's alimony

d'autres frais médicaux et hospitaliers si elle se soumet à des opérations futures afin d'améliorer l'apparence de ses cicatrices ou l'inclinaison de sa jambe.

Après une telle analyse extrêmement détaillée des blessures de l'appelante, de leur traitement, des résultats du traitement, de l'état de l'appelante à l'époque et des pronostics, le savant juge de première instance a conclu de la façon la plus brève:

J'établirais ses dommages généraux à $35,000. Sa perte de revenu, les dommages à ses vêtements et à la voiture forment un total de $5,244.75. Son père, Kenneth Honan, a payé des comptes d'hôpitaux et de médecins et fait d'autres débours, pour une somme totale de $12,643.42.

Le juge d'appel Jessup, en donnant les motifs de jugement de la Cour d'appel, a dit:

[TRADUCTION] A la fin de l'audition de l'appel la Cour a indiqué qu'elle n'était pas prête à considérer l'évaluation des dommages généraux comme une estimation complètement erronée des dommages subis par la demanderesse mineure mais qu'elle réservait son jugement sur la question de la responsabilité du défendeur Gerhold.

L'avocat de l'appelante a devant cette Cour avancé de façon très convaincante que le montant accordé pour les dommages généraux par le juge de première instance était si excessivement bas qu'il nécessitait une modification par la Cour d'appel et qu'il était du devoir de cette Cour en vertu des dispositions de l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* d'augmenter à la somme que la Cour d'appel aurait dû allouer le montant accordé.

Je crois qu'on doit noter que le savant juge de première instance a conclu dans ses motifs de jugement que l'intimé Gerhold n'était pas responsable envers les demandeurs pour les dommages. Nita Sinclair, à titre d'exécutrice testamentaire de Chester Doman, était représentée en première instance, en Cour d'appel et en cette Cour mais elle n'a ni témoigné elle-même, ni fait entendre de témoins. Tout au long des procédures son avocat a adopté la position que Gerhold devrait être tenu conjointement responsable. La preuve présentée en première instance indiquerait que feu Chester Doman avait obtenu

action. The only liability insurance in reference to the vehicle would appear to be the policy in the name of Gerhold with the third party to which I have already made reference.

It also may be noted that the provisions of s. 22 of *The Motor Vehicle Accident Claims Act*, as amended by s. 2 of c. 73 of the Statutes of Ontario, 1968-69, provided that in respect of applications for payment out from the fund as to accidents occurring between the 1st of October 1962 and the 1st of September 1969, such payments be limited to the amount of $35,000. The accident giving rise to this action occurred on March 28, 1969.

The appellant is a young woman who, at the time of the accident, was under the age of twenty-one years and unmarried. She was attending school at the London Teachers College and was only two months away from graduation. The evidence shows that she was a most attractive young lady and active in sports, including bowling, curling and tennis. As a result of the accident, her damages are severe both as to function and as to the cosmetic effect. Those serious damages have been outlined in the reasons for judgment of the learned trial judge from which I have quoted extensively. The appellant has continued her career as a primary school teacher and that will entail a great deal of standing and also frequent changes of position from sitting to standing. The evidence shows that those actions will be accompanied by pain. Perhaps even more important is the fact, well established in the evidence, that this young woman will bear now for the rest of her life two badly scarred legs, and those scars will not appreciably improve, and that in addition to the surface being scarred the function of the legs is visibly altered so that she walks with a most awkward and ungainly gait. A teacher must appear constantly before

que soient réduits à zéro les paiements de pension alimentaire qu'il devait faire à son épouse en vertu du jugement intervenu dans la demande d'aliments introduite par cette dernière. La seule assurance responsabilité couvrant la voiture semble être celle qui est détenue en vertu de la police souscrite en faveur de Gerhold auprès de la tierce partie que j'ai déjà mentionnée.

On peut également faire remarquer que les dispositions de l'art. 22 du *Motor Vehicle Accident Claims Act*, modifié par l'art. 2 du c. 73 des statuts de l'Ontario, 1968-69, dictent qu'à l'égard des demandes de paiement faites au fonds pour des accidents s'étant produits entre le 1er octobre 1962 et le 1er septembre 1969, lesdits paiements seront limités à un montant maximum de $35,000. L'accident qui a donné naissance à la présente action s'est produit le 28 mars 1969.

L'appelante est une jeune fille qui, au moment de l'accident, était âgée de moins de 21 ans et célibataire. Elle était étudiante au Teachers College de London et devait obtenir son diplôme dans deux mois. La preuve montre qu'elle était une jeune fille des plus séduisante et active dans les sports, y inclus les quilles, le curling et le tennis. Par suite de l'accident, elle a subi des dommages graves tant du point de vue de ses mouvements que du point de vue de son apparence. Ces graves dommages ont été décrits dans les motifs de jugement du juge de première instance dont j'ai cité de longs extraits. L'appelante a continué sa carrière d'institutrice dans une école primaire ce qui l'obligera à se tenir debout durant de longues périodes et aussi l'amènera à changer fréquemment de la position assise à la position debout. La preuve montre que ces mouvements la feront souffrir. Peut-être encore plus important est le fait, très bien établi par la preuve, que cette jeune fille portera maintenant, pour le reste de ses jours, de très mauvaises cicatrices aux deux jambes, et ces cicatrices ne s'amélioreront pas pour la peine. En plus de porter des cicatrices, ses jambes visiblement ne se meuvent pas normalement, de sorte que lorsqu'elle marche, sa démarche est

her class of young pupils. These children are, I fear, rather unrestrained in their observation of and comment amongst themselves upon unusual appearances of their teachers, and one can easily understand the acute embarrassment of the appellant in having to move so awkwardly about her room in front of her pupils.

In addition, even in today's atmosphere of independence, young ladies still put some value upon marital prospects, and the marital prospect of a young woman with badly scarred legs and awkward gait is most materially affected

When I consider these factors in addition to the pain and suffering of the appellant during her long period of recovery, she was a full year without being able to walk, I have come to the conclusion that $35,000 for general damages is inordinately low and I am of the opinion that a proper and conservative award for general damages would be the sum of $53,000.

I would, therefore, allow the appeal as against both respondents and award judgment in favour of the appellants as follows:

The appellant Kathleen Lorrain Honan—$58,244.75 and the appellant Kenneth Honan—$12,643.42 with interest from the date of judgment at trial. The appellants are entitled to their costs against both respondents throughout. I would make no order as to costs for or against the third party London and Midland General Insurance Company.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Lerner & Associates, London.*

*Solicitors for the respondent, Raymond Gerhold: Siskind, Taggart & Company, London.*

*Solicitors for the respondent, Nita Sinclair: Poole, Bell & Porter, London.*

des plus gauche et disgracieuse. L'institutrice doit constamment faire face dans sa classe à de jeunes élèves. Ces enfants sont, je le crains, plutôt sans gêne dans les remarques et commentaires qu'ils font entre eux sur les aspects inhabituels de l'apparence de leur professeur, et on peut facilement comprendre le profond embarrassement de l'appelante qui doit se déplacer de façon si gauche dans la classe devant ses élèves.

De plus, même dans notre atmosphère d'indépendance actuelle, les jeunes filles attachent encore quelque valeur aux perspectives du mariage, et les perspectives de mariage d'une jeune fille dont les jambes portent de laides cicatrices et dont la démarche est gauche subissent un très sérieux préjudice.

Lorsque je prends en considération ces facteurs, en plus de la douleur et des souffrances de l'appelante durant sa longue période de guérison, elle a été un an au complet sans pouvoir marcher, j'en arrive à la conclusion que $35,000 en dommages-intérêts généraux est un chiffre excessivement bas et je suis d'avis qu'un montant approprié et modéré pour les dommages généraux serait de l'ordre de $53,000.

Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi contre les deux intimés et je rendrais jugement en faveur de l'appelante comme suit.

A l'appelante Kathleen Lorrain Honan $58,244.75 et à l'appelante Kenneth Honan $12,643.42, avec intérêt à compter de la date du jugement de première instance. Les appelants ont droit à leur dépens contre les deux intimés en toutes les cours. Je ne ferais pas d'adjucation de dépens en faveur ou contre la tierce partie, London and Midland General Insurance Company.

*Appel accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Lerner & Associates, London.*

*Procureurs de l'intimé, Raymond Gerhold: Siskind, Taggart and Company, London.*

*Procureurs de l'intimée, Nita Sinclair: Poole, Bell & Porter, London.*

**Helmut Ludwig Retzer** *Appellant*;

and

**Esther Retzer** *Respondent.*

1974: December 9; 1974: December 19.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

*Divorce—Cruelty—Twelve years of tranquil marriage during which wife shared husband's religion—Wife returning to former religion and inculcating children with its tenets despite husband's objection—Ensuing domestic discord—Trial judge granting decree nisi and custody of children to husband and dismissing wife's cross-petition—Appellate Division reversing judgment at trial without recorded reasons—Trial judge's conclusions not made in disregard of evidence or based on wrongful evaluation of conflicts in evidence—Judgment at trial restored.*

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division, reversing and varying a decision of Cavanagh J. in a divorce matter. Appeal allowed and judgment at trial restored.

*J. V. Decore,* for the appellant.

*B. Karrel,* for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE— This appeal arises out of cross-petitions for divorce, each grounded on cruelty under s. 3(*d*) of the *Divorce Act,* R.S.C. 1970, c. D-8, and out of a contest between the spouses for custody of their four children. The trial judge, Cavanagh J., in considered reasons, granted a decree *nisi* to the petitioning husband, granted him custody of the children and dismissed the cross-petition of the respondent wife. On appeal by the wife, the Alberta Appellate Division in a majority judgment of Prowse and Moir JJ.A., McDermid J.A. dissenting,

**Helmut Ludwig Retzer** *Appelant*;

et

**Esther Retzer** *Intimée.*

1974: le 9 décembre; 1974: le 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

*Divorce—Cruauté—Douze années de mariage paisible durant lesquelles l'épouse a pratiqué la religion de son mari—L'épouse se remet à pratiquer sa religion et elle en inculque les principes à ses enfants malgré les objections de son époux—Une dispute familiale s'ensuit—Le juge de première instance accorde à l'époux un jugement conditionnel de divorce ainsi que la garde des enfants et il rejette la requête incidente de l'épouse—La Division d'appel casse le jugement de première instance sans prononcer aucun motif de jugement—Les conclusions du juge de première instance n'ont pas fait abstraction de la preuve ou n'ont pas été basées sur une appréciation erronée des contradictions dans les témoignages—Jugement de première instance rétabli.*

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta qui a infirmé et modifié une décision rendue par le juge Cavanagh dans une affaire de divorce. Pourvoi accueilli et jugement de première instance rétabli.

*J. V. Decore,* pour l'appelant.

*B. Karrel,* pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi découle d'une part de requêtes incidentes en divorce pour cause de cruauté fondées sur le par. *d*), de l'art. 3 de la *Loi sur le divorce,* 1970 S.R.C., c. D-8, et d'autre part du conflit entre les époux concernant la garde de leurs quatre enfants. En première instance, le juge Cavanagh, dans des motifs soigneusement rédigés, a accordé à l'époux requérant le jugement conditionnel de divorce ainsi que la garde des enfants et il a rejeté la requête incidente de l'épouse intimée. Dans un arrêt majoritaire rendu par les

allowed her appeal in respect of the issue of divorce, vacated the decree *nisi* in favour of the husband and granted a decree *nisi* of divorce to the wife on the grounds of physical and mental cruelty. The Court was unanimous in also allowing the wife's appeal against the custody order in favour of the husband, and the majority of the Court directed that the question of custody and maintenance for the wife and children be referred back to the Trial Division for determination.

I take these dispositions by the Appellate Division from the formal judgment of that Court. No reasons for judgment were delivered, nothing of even an oral nature having been recorded. I think this is unfortunate, especially in a matter which turned so largely on questions of fact. The carefully reasoned judgment at trial was reversed without any indication of the reasons which led to that decision. The result is that on the appeal to this Court we do not have the benefit of knowing why the Appellate Division concluded that the judgment at trial was in error.

The trial judge made findings of fact on the contested issues which, in my opinion, are amply supported by the evidence. In a case such as this, involving domestic discord brought about by a sudden reversion of the wife to the religion of her youth after twelve years of tranquil marriage during which the wife shared her husband's religion and during which children were born who were being reared in that religion. There is considerable advantage in being able to observe the demeanour of the spouses in the witness-box as well as to hear their evidence. The parties were married in a church of the husband's faith, the wife having ceased to practise her religion prior to her marriage. The discord ensued when the wife returned to her former religion with uncompromising zeal. She made it a matter of principle to inculcate her children with its tenets, despite the objection of

juges d'appel Prowse et Moir, le juge d'appel McDermid étant dissident, la Division d'appel de l'Alberta a fait droit à l'appel du divorce interjeté par l'épouse intimée, a cassé le jugement conditionnel prononcé en faveur de l'époux et a prononcé un jugement conditionnel de divorce en faveur de l'épouse pour cause de cruauté physique et mentale. La Cour a également accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par l'épouse contre l'ordonnance accordant à l'époux la garde des enfants, et la majorité de la Cour a ordonné le renvoi de la question de la garde des enfants et de l'entretien de l'épouse et des enfants devant la Division de première instance pour y être tranchée.

Je tire ces conclusions de la minute du jugement de la Division d'appel. Aucun motif de jugement n'a été rédigé et aucun exposé oral n'a été prononcé. Je tiens à le déplorer car la présente affaire repose en grande partie sur des questions de faits. Nous ne possédons aucune indication sur les motifs de la décision d'infirmer le minutieux jugement de première instance. Ainsi, nous devons décider du présent pourvoi sans savoir pourquoi la Division d'appel a conclu que le jugement de première instance était erroné.

Relativement aux questions litigieuses, le juge de première instance a tiré des conclusions sur les faits qui, à mon avis, sont amplement étayées par la preuve. Dans une affaire comme celle-ci, où le retour soudain de l'épouse à la religion de son enfance cause une dispute familiale après douze années de mariage paisible durant lesquelles elle a pratiqué la religion de son mari et durant lesquelles les enfants issus du mariage ont été élevés dans cette religion, c'est un avantage certain de pouvoir observer le comportement des époux à la barre des témoins ainsi que d'entendre leur témoignage. L'épouse ayant cessé de pratiquer sa religion avant son mariage, les parties en cause se sont mariées selon les rites de la religion de l'époux. Le désaccord s'ensuivit lorsque l'épouse se remit à pratiquer sa religion avec un zèle intempestif. Elle se fit un devoir d'inculquer à ses enfants les

her husband who thought that the children should have some choice. In the result, there were unfortunate incidents of ugly name-calling and physical confrontations involving four instances where the husband slapped or shook his wife and one instance where she scratched his face. The children's attitude towards their father was adversely affected by the wife's insistence on the dominance of her religious beliefs.

The issues between the parties, involving also contentions by the wife that the husband was tyrannical and niggardly towards her in respect of money for the household, required careful assessment which a trial judge was in the best position to make. I am unable to say that his conclusions showed disregard of the evidence or were based on a clearly wrongful evaluation of the conflicts in the evidence which the record of the case exhibits. Regrettable as matrimonial disputes are, especially those that embroil young children, an appeal to the law for their resolution may not leave room for settlement by reconciliation. So it is here.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Alberta Appellate Division and restore the judgment at trial. The trial judge made no order as to costs and I would allow this prescription both in respect of the judgment of the Appellate Division and the judgment of this Court.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Decore, Decore & Decore, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Lyons & Karrel, Edmonton.*

principes de sa religion malgré les objections de son époux selon qui une certaine liberté de choix devait être laissée aux enfants. Finalement, il y eut certains incidents malheureux impliquant injures et violence où à quatre occasions l'époux a giflé ou secoué son épouse et où cette dernière lui a une fois égratigné la figure. L'insistance de l'épouse relativement à la prédominance de ses croyances religieuses a agi défavorablement sur l'attitude des enfants envers leur père.

Les questions litigieuses entre les parties, y compris les allégations de l'épouse concernant l'attitude tyrannique et mesquine de son époux envers elle relativement à l'argent du ménage, devaient être appréciées soigneusement, et la personne la mieux placée pour ce faire est le juge de première instance. Je ne suis pas en mesure d'affirmer que ses conclusions ont fait abstraction de la preuve ou ont été basées sur une appréciation manifestement erronée des contradictions dans les témoignages dont fait état le dossier de la cause. Aussi regrettables que peuvent être les désaccords matrimoniaux, surtout ceux auxquels sont mêlés de jeunes enfants, le recours à la loi pour y mettre fin permet rarement un règlement par voie de réconciliation. Tel est présentement le cas.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel de l'Alberta et de rétablir le jugement de première instance. Le juge de première instance n'a prononcé aucune ordonnance quant aux dépens et je suis d'avis d'accueillir cette prescription tant à l'égard de l'arrêt de la Division d'appel que de la décision de cette Cour.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Decore, Decore & Decore, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimée: Lyons & Karrel, Edmonton.*

**County of Parkland No. 31** *Appellant*;

and

**Jerome Stetar, Gary Stetar, an infant suing by and with the consent of his next friend, Jerome Stetar; and Karen Stetar, an infant suing by and with the consent of her next friend, Jerome Stetar** *Respondents.*

---

**County of Parkland No. 31** *Appellant*;

and

**Donald Woodrow in his own capacity and Donald Woodrow in his capacity as Administrator *ad litem* of the Estate of his infant daughter, deceased, Linda Woodrow** *Respondents.*

1974: March 5, 6; 1974: October 23.

Present: Laskin C.J. and Martland, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

*Highways—Obligation of municipality to keep roads in reasonable state of repair—Removal of crossroad warning sign unknown to county—Failure to discharge duties of inspection and maintenance—The Municipal Government Act, 1968 (Alta.), c. 68, ss. 176, 177, 178 (now R.S.A. 1970, c. 246, s. 178).*

*Negligence—Attribution of fault 75 per cent to one tort-feasor and 25 per cent to other tort-feasor—Nonsuit of plaintiffs in actions against one tort-feasor for failure to give timely notice—Plaintiffs entitled to recover 100 per cent of damages from other tort-feasor—Contribution not recoverable—The Tort-Feasors Act, R.S.A. 1955, c. 336, s. 4(1)(c) (now R.S.A. 1970, c. 365)—The Contributory Negligence Act, R.S.A. 1955, c. 56, s. 3(2) (now R.S.A. 1970, c. 65).*

A collision involving two motor vehicles, one driven by the respondent Stetar and the other driven by one Poirier and owned by Edmonton Car Rentals Limited, occurred at the intersection of two rural roads in Alberta. Prior to the collision, Stetar, accompanied by the other respondents (Stetar's two children, his friend Woodrow and Woodrow's daughter) was proceeding in a northerly direction. At the same

**Le Comté de Parkland N° 31** *Appelant*;

et

**Jerome Stetar, Gary Stetar, un mineur autorisé par son représentant *ad litem*, Jerome Stetar; et Karen Stetar, une mineure autorisée par son représentant *ad litem*, Jerome Stetar** *Intimés.*

---

**Le Comté de Parkland N° 31** *Appelant*;

et

**Donald Woodrow personnellement et Donald Woodrow en sa qualité d'administrateur *ad litem* de la succession de sa fille mineure décédée, Linda Woodrow** *Intimés.*

1974: les 5 et 6 mars; 1974: le 23 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

*Chemins publics—Obligation de la municipalité de tenir les routes en raisonnable état d'entretien—Enlèvement d'un panneau d'avertissement sans que le Comté en ait connaissance—Défaut de s'acquitter des obligations d'inspection et d'entretien—The Municipal Government Act, 1968 (Alberta), c. 68, art. 176, 177, 178 (maintenant R.S.A. 1970, c. 246, art. 178).*

*Négligence—Imputation de 75 pour cent de la responsabilité à un auteur du délit et de 25 pour cent à l'autre—Actions contre un auteur du délit déboutées en raison du défaut de donner l'avis en temps utile—Droit des demandeurs de recouvrer 100 pour cent des dommages de l'autre auteur du délit—Quote-part non recouvrable—The Tort-Feasors Act, R.S.A. 1955, c. 336, art. 4(1)c) (maintenant R.S.A. 1970, c. 365)—The Contributory Negligence Act, R.S.A. 1955, c. 56, art. 3(2) (maintenant R.S.A. 1970, c. 65).*

Une collision entre deux voitures, l'une conduite par l'intimé Stetar et l'autre conduite par un certain Poirier et appartenant à Edmonton Car Rentals Limited, s'est produite au carrefour de deux routes rurales en Alberta. Avant la collision, Stetar, accompagné des autres intimés (les deux enfants Stetar, son ami Woodrow et la fille de celui-ci) se dirigeait en direction nord. Au même moment, Poirier, accompagné de

time, Poirier, who was accompanied by his wife and children, was approaching the intersection from the east. The intersection was not controlled by stop signs or other means and was uncommonly dangerous due to a ridge of land between the roads which effectively obscured the approach of westbound traffic from anyone in the position of Stetar coming from the south. Poirier had the right-of-way. In the ensuing collision the Woodrow child was killed and all other passengers of the two cars were injured.

Although the intersection was uncontrolled, the county had at an earlier date erected four crossroad warning signs for north, south, east and westbound traffic. However, for some time prior to the accident and unknown to the county, the sign posted for northbound traffic had been down.

Three actions were commenced: (1) Stetar and his two children sued Poirier, the car rental firm ("Car Rentals") and the county; Car Rentals and Poirier counterclaimed against Stetar and the county; (2) Mrs. Poirier and each of her three children sued Stetar and the county; (3) Mr. Woodrow on his own behalf and on behalf of his deceased daughter sued Stetar, Poirier, Car Rentals and the county. The actions were tried together. During the trial Woodrow *et al.* discontinued as against Stetar in the third action. The trial judge dismissed all actions against the county, including the counterclaims in the first action. He nonsuited the Poiriers and Car Rentals for failure to give notice in writing to the county of their respective claims and of their injuries as required by *The Municipal Government Act*, 1968 (Alta.), c. 68. He considered that ss. 177 and 178 of the same Act absolved the county. The trial judge found Stetar solely to blame. Stetar *et al.* in the first action and Woodrow *et al.* in the third action appealed to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta. No appeal against the nonsuit was taken by Mr. Poirier or by Car Rentals in the first action or by Mrs. Poirier *et al.* in the second action.

The majority in the Appellate Division held: (a) that Stetar was 75 per cent at fault and the county 25 per cent at fault; (b) that the Stetars and the Woodrows were entitled to recover from the county 25 per cent of any damages awarded to them; (c) as the action of the Poiriers and Car Rentals against the

son épouse et de ses enfants, approchait du même carrefour, venant de l'est. Le carrefour n'était signalisé d'aucune façon et il était particulièrement dangereux à cause d'une butte de terre entre les deux routes qui de fait empêchait quiconque, venant du sud comme Stetar, de voir un véhicule venant de l'ouest. Poirier avait priorité. Dans la collision qui s'est produite, la jeune Woodrow a été tuée et tous les autres passagers des deux voitures ont été blessés.

Bien que le carrefour ne fût pas signalisé, le Comté avait installé quelque temps auparavant quatre panneaux d'avertissement pour prévenir la circulation dans les quatre directions de l'existence de la croisée. Toutefois, le panneau placé à l'intention de la circulation en direction nord était par terre depuis un certain temps avant l'accident, sans que le Comté en ait eu connaissance.

Trois actions ont été intentées: (1) Stetar et ses deux enfants ont poursuivi Poirier, la compagnie de location de voitures («Car Rentals») et le Comté; Car Rentals et Poirier ont présenté une demande reconventionnelle contre Stetar et le Comté; (2) M^me^ Poirier et chacun de ses trois enfants ont poursuivi Stetar et le Comté; (3) M. Woodrow personnellement et au nom de sa fille décédée a poursuivi Stetar, Poirier, Car Rentals et le Comté. Les actions ont été entendues ensemble. Au cours du procès, Woodrow *et al.* ont produit dans la troisième action un désistement contre Stetar. Le juge de première instance a rejeté toutes les actions contre le Comté, y compris les demandes reconventionnelles dans la première action. Il a déclaré non recevables les actions de Poirier et de Car Rentals en raison du défaut de donner au Comté un avis par écrit de leur réclamation respective et de leurs dommages tel que requis par le *Municipal Government Act*, 1968 (Alberta), c. 68. Il a considéré que les art. 177 et 178 de la même loi exonéraient le Comté. Le juge de première instance a conclu que Stetar seul était responsable. Stetar *et al.* dans la troisième action ont interjeté appel à la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta. Il n'y a eu aucun appel par Poirier ni par Car Rentals dans la première action ni par M^me^ Poirier *et al.* dans la seconde action à l'encontre de la décision déclarant leurs demandes irrecevables.

La majorité de la Division d'appel a décidé: (a) que Stetar était 75 pour cent responsable et le Comté 25 pour cent; (b) que les Stetar et les Woodrow avaient le droit de recouvrer du Comté 25 pour cent des dommages-intérêts qui leur avait été adjugés; (c) comme l'action des Poirier et de Car Rentals contre le

county had been dismissed at trial and no appeal taken, Stetar was liable for 75 per cent of the damages awarded but the county was under no liability to the Poiriers or to Car Rentals.

This Court shared the view of the Courts below that Stetar was negligent and that Poirier was not negligent. It also agreed that if the county had to bear some measure of responsibility for the accident, the proper apportionment was 75 per cent to Stetar and 25 per cent to the county. These questions were then considered: (a) Was the county under any duty, the breach of which contributed to the accident? (b) Could the Poiriers and Car Rentals recover 100 per cent of their damages from Stetar, although he was only 75 per cent responsible for the accident?

*Held*: The judgment of the Appellate Division should be varied.

In the absence of a warning sign the road on which the accident occurred was perilous in the extreme, and the county had, therefore, failed to discharge the statutory obligation imposed upon it by s. 176(1) of *The Municipal Government Act* to keep the road in a reasonable state of repair having regard to its character and the locality in which it was situated and through which it passed. By virtue of s. 178 the county was under no duty to place a traffic control device at the intersection and no cause of action would have arisen for failure to do so, but, having erected a warning sign, it came under a duty to make adequate and proper inspections to ensure the proper maintenance of the sign and under a duty to re-erect it when it knew or ought to have known that the sign was not in its proper position. The county failed to discharge those duties. Section 177(*c*) might have afforded a defence but to engage this section the county would have had to allege and prove that the sign was removed by someone other than a municipal official or employee or as a result of an act of vandalism, and the onus would be upon the county to show that affirmatively. The county failed to so prove.

As to the second question, the Poiriers and Car Rentals were entitled to recover 100 per cent of their damages from Stetar. Section 3(2) of *The Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1955, c. 56 (now R.S.A. 1970, c. 65) provides that "where two or more persons are found at fault they are jointly and severally liable to the person suffering the damage or loss, but as between themselves . . . they are liable to make contribution to and indemnify each other in the

Comté avait été rejetée en première instance et qu'il n'y avait pas eu d'appel, Stetar était responsable de 75 pour cent des dommages-intérêts adjugés mais le Comté n'avait pas d'obligation envers les Poirier ni Car Rentals.

Cette Cour a été d'accord avec les cours d'instance inférieure que Stetar avait été négligent et que Poirier ne l'avait pas été. On s'est aussi entendu que si le Comté était en partie responsable de l'accident, une juste répartition de la faute serait 75 pour cent pour Stetar et 25 pour cent pour le Comté. Ces questions ont alors été examinées: (a) le Comté avait-il quelque obligation dont la violation a contribué à l'accident? (b) Les Poirier et Car Rentals pouvaient-ils recouvrer 100 pour cent de leurs dommages de Stetar, bien que celui-ci fût seulement 75 pour cent responsable de l'accident?

*Arrêt*: Le jugement de la Division d'appel doit être modifié.

Sans signal d'avertissement, le chemin était extrêmement dangereux et le Comté ne s'est donc pas acquitté de l'obligation légale qui lui était imposée par le par. (1) de l'art. 176 du *Municipal Government Act*, de maintenir le chemin public dans un état raisonnable d'entretien eu égard à la nature du chemin et de l'emplacement où il était situé et qu'il traversait. L'art. 178 n'imposait pas au Comté l'obligation d'installer un dispositif de signalisation au carrefour et s'il ne l'avait pas fait il n'y aurait pas eu de cause d'action. Mais après l'installation d'un panneau d'avertissement, le Comté se devait de faire des inspections suffisantes pour assurer l'entretien approprié du panneau et de le remettre en place lorsqu'il savait ou aurait dû savoir que celui-ci était déplacé. Le Comté n'a pas rempli ces obligations. L'alinéa *c*) de l'art. 177 aurait pu fournir un moyen de défense mais pour que cet article entre en jeu le Comté aurait dû alléguer et prouver que le panneau avait été enlevé par quelqu'un d'autre qu'un représentant ou un employé de la municipalité, ou par des vandales, et pour établir ce fait le Comté aurait eu le fardeau de la preuve. Le Comté ne l'a pas prouvé.

A l'égard de la seconde question, les Poirier et Car Rentals avaient le droit de recouvrer 100 pour cent de leurs dommages-intérêts de Stetar. Le par. (2) de l'art. 3 du *Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1955, c. 56 (maintenant R.S.A. 1970, c. 65) prévoit que «lorsque deux personnes ou plus sont reconnues fautives, elles sont conjointement et solidairement responsables envers quiconque a subit le dommage ou la perte; mais . . . elles ont la responsabilité les unes envers les

degree in which they are respectively found to be at fault". Stetar had no enforceable claim for contribution against the county because of s. 4(1)(*c*) of *The Tort-Feasors Act*, R.S.A. 1955, c. 336 (now R.S.A. 1970, c. 365) which provides that "Where damage is suffered by any person as a result of a tort . . . any tort-feasor liable in respect of that damage may recover contribution from any other tort-feasor who is or would, if sued, have been liable in respect of the same damage, whether as a joint tort-feasor or otherwise". Section 4(1)(*c*) of the latter Act is specifically directed to the question of recovery as between tort-feasors and takes precedence over s. 3(2) of *The Contributory Negligence Act*. The failure of the Poiriers and Car Rentals to give timely notice of their intention to sue the county makes it impossible for Stetar to recover contribution from the county.

*Hart v. Hall and Pickles, Ltd.*, [1968] 3 All E.R. 291, applied; *George Wimpey & Co. Ltd. v. British Overseas Airways Corp.*, [1954] 3 All E.R. 661, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division, varying a judgment of Cullen J. Judgment appealed from varied.

*J. D. Ross*, for the appellant.

*W. H. Veale*, for the respondents Stetar and Woodrow *et al.*

*John Maher*, for Edmonton Car Rentals and Guy Poirier.

*W. T. Pidruchney*, for Louise Poirier.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The date was December 14, 1969, but the afternoon was warm and sunny. There had been a recent snowfall. Christmas was approaching and Jerome Stetar, accompanied by his two children and his friend Donald Woodrow and Woodrow's daughter drove out into the country to look for a Christmas tree. At about 3:45 p.m., driving northerly on a rural Alberta road they approached an intersection. Approaching the same intersection from the east was another car, driven by Guy

autres, d'effectuer entre elles une compensation calculée d'après l'importance relative attribuée à la faute de chacune d'elles.» Stetar n'avait pas de recours pour réclamer du Comté une contribution en raison de l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 du *Tort-Feasors Act*, R.S.A. 1955, c. 336 (maintenant R.S.A. 1970, c. 365) qui prévoit que «Lorsqu'une personne subit un dommage à la suite d'un délit civil . . . tout auteur du délit responsable de ce dommage peut obtenir une contribution contre tout autre auteur qui est également responsable de ce dommage ou qui l'aurait été s'il avait été poursuivi, que ce soit en tant que co-auteur ou à tout autre titre.» L'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 de cette dernière loi vise directement la question de contribution entre les auteurs d'un délit et il doit prévaloir sur le par. (2) de l'art. 3 du *Contributory Negligence Act*. Le défaut des Poirier et de Car Rentals de donner au Comté l'avis de poursuite en temps utile empêche Stetar d'être compensé par le Comté.

*Arrêt appliqué*: *Hart v. Hall and Pickles, Ltd.*, [1968] 3 All E.R. 291. Arrêt mentionné: *George Wimpey & Co. Ltd. v. British Overseas Airways Corp.*, [1954] 3 All E.R. 661.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta qui a modifié un jugement du juge Cullen. Arrêt dont il y a appel modifié.

*J. D. Ross*, pour l'appelant.

*W. H. Veale*, pour les intimés Stetar et Woodrow *et al.*

*John Maher*, pour Edmonton Car Rentals et Guy Poirier.

*W. T. Pidruchney*, pour Louise Poirier.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—14 décembre 1969, temps clair et doux, chute de neige récente, Noël approchait. Jerome Stetar, accompagné de ses deux enfants, de son ami Donald Woodrow et de la fille de celui-ci, roulait vers la campagne à la recherche d'un arbre de Noël. Vers 15 h 45, en direction nord sur une route rurale de l'Alberta, le groupe approcha d'un carrefour. Une autre voiture venant de l'est, conduite par Guy Poirier, accompagné de sa femme et de ses trois enfants, approchait du même carrefour. Cette

Poirier, in which Mrs. Poirier and her three children were passengers. The car was owned by Edmonton Car Rentals Ltd. which I will refer to as "Car Rentals". Poirier's speed was 30 miles per hour and Stetar's speed was 40 and 45 miles per hour. The intersection was not controlled by stop signs or other means and was uncommonly dangerous due to a ridge of land between the two roads which effectively obscured the approach of westbound traffic from anyone in the position of Stetar coming from the south. Poirier had the right-of-way. In the ensuing collision the Woodrow child was killed and all other passengers of the two cars were injured.

Although the intersection was uncontrolled, the county had sensibly at an earlier date erected four crossroad warning signs for north, south, east and westbound traffic. Unhappily, at the time of the accident the sign posted for northbound traffic had been down for a period which from the evidence cannot be stated with any degree of precision but would seem to have been for not less than one month and not more than six months.

In May of 1971, some seventeen months following the accident, the crossroad warning sign which formerly faced northbound traffic was pointed out to Mr. Connors, an insurance adjuster, by Mr. Hennig, a farmer who lived in the district. The sign was in the east ditch of the road. A pipe approximately two inches in diameter had been affixed to the sign but had been broken off two or three inches below the bottom of the sign. At least two persons were aware before the accident that the sign was down. One was Hennig and the other Constable Cameron of the R.C.M.P. whose detachment carried out police duties within the county. It would appear neither communicated the fact to the county.

Three actions were commenced: (1) Mr. Stetar and his two children sued Mr. Poirier, Car Rentals and the County of Parkland No. 31; Car Rentals and Mr. Poirier counterclaimed against Stetar and the county; (2) Mrs. Poirier

dernière voiture appartenait à Edmonton Car Rentals Ltd., que j'appellerai «Car Rentals». Poirier circulait à 30 milles à l'heure et Stetar entre 40 et 45. Le carrefour n'était signalisé d'aucune façon et il était particulièrement dangereux à cause d'une butte de terre entre les deux routes qui de fait empêchait quiconque, venant du sud comme Stetar, de voir un véhicule venant de l'ouest. Poirier avait priorité. Dans la collision qui s'est produite, la jeune Woodrow a été tuée et tous les autres passagers des deux voitures ont été blessés.

Bien que le carrefour ne fût pas signalisé, le Comté avait judicieusement installé quelque temps auparavant quatre panneaux d'avertissement pour prévenir la circulation dans les quatre directions de l'existence de la croisée. Malheureusement, au moment de l'accident, le panneau placé à l'intention de la circulation en direction nord était par terre depuis un certain temps dont la preuve n'a pu préciser la durée mais il semblerait que ce fût depuis au moins un mois sans toutefois dépasser six mois.

En mai 1971, quelque dix-sept mois après l'accident, M. Hennig, un fermier de la région, a montré à M. Connors, un évaluateur, le panneau qui autrefois était orienté vers la circulation en direction nord. Le panneau était dans le fossé du côté est de la route. Un tuyau d'environ deux pouces de diamètre avait été apposé au panneau mais avait été brisé à deux ou trois pouces du bas de celui-ci. Avant l'accident, au moins deux personnes ont eu connaissance que le panneau était par terre. L'une de ces personnes était M. Hennig et l'autre le constable Cameron de la Gendarmerie Royale dont le détachement patrouillait le comté. Il semblerait que ni l'un ni l'autre n'en aient avisé les autorités du comté.

Trois actions ont été intentées: (1) M. Stetar et ses deux enfants ont poursuivi M. Poirier, Car Rentals et le comté de Parkland N° 31; Car Rentals et M. Poirier ont présenté une demande reconventionnelle contre Stetar et le Comté; (2)

and each of her three children sued Stetar and the county; (3) Mr. Woodrow on his own behalf and on behalf of his deceased daughter sued Stetar, Poirier, Car Rentals and the county. The actions were tried together. During the trial Woodrow *et al.* discontinued as against Stetar in the third action. The trial judge, Cullen J., dismissed all actions against the County of Parkland No. 31, including the counterclaims in the first action. He nonsuited the Poiriers and Car Rentals for failure to give notice in writing to the county of their respective claims and of their injuries as required by *The Municipal Government Act*, 1968 (Alta.), c. 68. He considered that ss. 177 and 178 of the same Act to which I shall shortly refer absolved the county. The trial judge found Stetar solely to blame. Stetar *et al.* in the first action and Woodrow *et al.* in the third action appealed to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta. No appeal against the nonsuit was taken by Mr. Poirier or by Car Rentals in the first action or by Mrs. Poirier *et al.* in the second action.

The majority in the Appellate Division (Allen and Sinclair JJ.A.) held: (a) that Stetar was 75 per cent at fault and the County of Parkland 25 per cent at fault; (b) that the Stetars and the Woodrows were entitled to recover from the county 25 per cent of any damages awarded to them; (c) as the action of the Poiriers and Car Rentals against the county had been dismissed at trial and no appeal taken, Stetar was liable for 75 per cent of the damages awarded but the county was under no liability to the Poiriers or to Car Rentals. Kane J.A., dissenting, would have affirmed the judgment at trial. Leave to appeal to this Court from the majority judgment of the Appellate Division was granted to the County of Parkland No. 31. Stetar *et al.* and Woodrow *et al.* filed and served a notice of intention to vary so as to provide that the County of Parkland was 100 per cent liable.

M^me^ Poirier et chacun de ses trois enfants ont poursuivi Stetar et le Comté; (3) M. Woodrow personnellement et au nom de sa fille décédée a poursuivi Stetar, Poirier, Car Rentals et le Comté. Les actions ont été entendues ensemble. Au cours du procès, Woodrow *et al.* ont produit dans la troisième action un désistement contre Stetar. Le juge de première instance, le juge Cullen, a rejeté toutes les actions contre le comté de Parkland Nº 31, y compris les demandes reconventionnelles dans la première action. Il a déclaré non recevables les actions des Poirier et de Car Rentals en raison du défaut de donner au Comté un avis par écrit de leur réclamation respective et de leurs dommages tel que requis par le *Municipal Government Act*, 1968 (Alta.) c. 68. Il a considéré que les art. 177 et 178 de la même loi, articles auxquels je me reporterai un peu plus loin, exonéraient le Comté. Le juge de première instance a conclu que Stetar seul était responsable. Stetar *et al.* dans la première action et Woodrow *et al.* dans la troisième action ont interjeté appel à la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta. Il n'y a eu aucun appel par M. Poirier ni par Car Rentals dans la première action ni par M^me^ Poirier *et al.* dans la seconde action à l'encontre de la décision déclarant leurs demandes irrecevables.

La majorité de la Division d'appel (les juges d'appel Allen et Sinclair) a décidé: (a) que Stetar était 75 pour cent responsable et le comté de Parkland 25 pour cent; (b) que les Stetar et les Woodrow avaient le droit de recouvrer du Comté 25 pour cent des dommages-intérêts qui leur avaient été adjugés; (c) comme l'action des Poirier et de Car Rentals contre le Comté avait été rejetée en première instance et qu'il n'y avait pas eu d'appel, Stetar était responsable de 75 pour cent des dommages-intérêts adjugés mais le Comté n'avait pas d'obligation envers les Poirier ou Car Rentals. Le juge d'appel Kane, dissident, aurait confirmé le jugement de première instance. Autorisation d'appeler à cette Cour du jugement majoritaire de la Division d'appel a été accordée au comté de Parkland Nº 31. Stetar *et al.* et Woodrow *et al.* ont produit et signifié un avis de demande de modi-

Subsequently leave was granted to Stetar *et al.* and Woodrow *et al.* to cross-appeal as against Poirier, Car Rentals and Mrs. Poirier *et al.* by filing and serving a notice of intention to vary so as to provide that Poirier was liable jointly and severally with the county. Still later, a notice of intention to vary was filed by Poirier, Car Rentals and Mrs. Poirier *et al.* against Stetar so as to provide that Stetar was 100 per cent liable.

This all seems rather complicated but essentially, from the plethora of proceedings, two questions emerge. Before touching them I may say that I share the view of the Courts below that Stetar was negligent and that Poirier was not negligent. Stetar in violation of *The Highway Traffic Act* failed to yield the right-of-way to Poirier. I also agree that if the County of Parkland No. 31 must bear some measure of responsibility for the accident, the proper apportionment is 75 per cent to Stetar and 25 per cent to the county. That leaves for consideration these questions:

(a) Was the County of Parkland No. 31 under any duty, the breach of which contributed to the accident?

(b) Can the Poiriers and Car Rentals recover 100 per cent of their damages from Stetar, although he was only 75 per cent responsible for the accident? They say that having paid them 100 per cent of their claims Stetar can recover 25 per cent from the county. Stetar and the county, on the other hand, say, and the majority of the Appellate Division were of the same mind, that having lost in their action against the county and having failed to appeal, the Poiriers and Car Rentals cannot now collect indirectly from the county what they could not collect directly.

The following statute law of the Province of Alberta bears on the legal position of the

fication en vue de faire déclarer le comté de Parkland 100 pour cent responsable. Subséquemment il a été accordé à Stetar *et al.* et à Woodrow *et al.* l'autorisation d'interjeter un pourvoi incident contre Poirier, Car Rentals et M^me^ Poirier *et al.* par la production et la signification d'un avis de demande de modification pour faire déclarer Poirier conjointement et solidairement responsable avec le Comté. Encore un peu plus tard, un avis de demande de modification a été produit par Poirier, Car Rentals et M^me^ Poirier *et al.* contre Stetar pour faire déclarer Stetar 100 pour cent responsable.

Tout cela semble plutôt complexe mais cette pléthore de procédures, donne essentiellement lieu à deux questions. Avant de les aborder, je dirai que je suis d'accord avec les cours d'instance inférieure que Stetar a été négligent et que Poirier ne l'a pas été. Stetar, à l'encontre des dispositions du *Highway Traffic Act*, n'a pas donné priorité de passage à Poirier. Je suis aussi d'avis que si le comté de Parkland N° 31 est en partie responsable de l'accident, une juste répartition de la faute serait 75 pour cent pour Stetar et 25 pour cent pour le Comté. Il reste à examiner les questions suivantes:

a) Le comté de Parkland N° 31 avait-il quelque obligation dont la violation a contribué à l'accident?

b) Est-ce que les Poirier et Car Rentals peuvent recouvrer 100 pour cent de leurs dommages-intérêts de Stetar, bien que celui-ci soit seulement 75 pour cent responsable de l'accident? Selon eux, Stetar, après avoir payé 100 pour cent de leurs réclamations, pourrait en recouvrer 25 pour cent du Comté. D'autre part, selon Stetar et le Comté, et la majorité de la Division d'appel a été du même avis, comme les Poirier et Car Rentals n'ont pas obtenu gain de cause dans leur action contre le comté et n'ont pas interjeté appel, ils ne peuvent maintenant recouvrer indirectement du Comté ce qu'il ne pourraient obtenir directement.

Les dispositions législatives suivantes de la province de l'Alberta portent sur la position

county: s. 221 of *The Highway Traffic Act*, 1967 (Alta.), c. 30:

(1) The council of a municipality may authorize the placing, erecting or marking of traffic control devices at such locations as are considered necessary for controlling highways subject to its direction, control and management.

Section 2, para. 28 of the same Act:

"traffic control device" means any sign, signal, marking or device placed, marked or erected under the authority of this Act for the purpose of regulating, warning, or guiding traffic;

Section 176 of *The Municipal Government Act*, *supra*:

(1) Every public road, street, bridge, highway, square, alley or other public place that is subject to the direction, management and control of the council including all crossings, sewers, culverts and approaches, grades, sidewalks and other works made or done therein or thereon by the municipality or any other person with the permission of the council shall be kept in a reasonable state of repair by the municipality, having regard to

(*a*) the character of the road, street, bridge, highway, square, alley, public place or work made or done therein or thereon, and

(*b*) the locality in which it is situated or through which it passes,

and if the municipality fails to keep it in a reasonable state of repair, the municipality is civilly liable for all damages sustained by any person by any reason of its default, in addition to being subject to any punishment provided by law.

Section 177:

Default under section 176 shall not be imputed to a municipality in any action

(*a*) Without proof by the plaintiff that the municipality knew or should have known of the disrepair of the road or other work, or

(*b*) if the municipality proves that it had not actual or constructive notice of the disrepair or that it took reasonable means to prevent the disrepair arising, or

(*c*) where any traffic control device has been defaced, removed or destroyed by someone other

juridique du Comté: article 221 du *Highway Traffic Act*, 1967 (Alta.), c. 30:

[TRADUCTION] (1) Le conseil d'une municipalité peut autoriser que soient placés, installés ou marqués des dispositifs de signalisation aux endroits où ils sont considérés nécessaires pour signaliser les routes qui sont sous l'autorité, le contrôle et la gestion de la municipalité.

Le paragraphe 28 de l'art. 2 de la même *Loi*:

[TRADUCTION] L'expression «dispositif de signalisation» signifie tout panneau, signal, marque ou appareil placé, marqué, ou installé en vertu de la présente loi au fins de réglementer, d'avertir ou d'orienter la circulation;

L'article 176 du *Municipal Government Act*, *supra*:

[TRADUCTION] (1) Tous les chemins publics, les rues, les ponts, les routes, les places, les ruelles ou autres endroits publics qui sont sous l'autorité, la gestion et le contrôle du conseil, y compris tous les passages, les égouts, les ponceaux et leurs approches, les rampes, les trottoirs et autres ouvrages faits ou installés dans ces endroits par la minicipalité ou par toute autre personne avec la permission du conseil doivent être tenus en raisonnable état d'entretien par la municipalité, eu égard

*a*) à la nature du chemin, de la rue, du pont, de la route, de la place, de la ruelle, de l'endroit public, ou de l'ouvrage fait ou installé en ces endroits, et

*b*) à l'emplacement où ils sont situés ou qu'ils traversent,

et si la municipalité ne les maintient pas dans un état raisonnable d'entretien, elle est civilement responsable de tous dommages subis par toute personne résultant de son défaut, en plus d'être passible des sanctions prévues par la loi.

Article 177:

Une municipalité poursuivie en raison du défaut prévu à l'art. 176 ne sera pas tenue responsable

*a*) A moins que le demandeur n'établisse que la municipalité connnaissait ou aurait dû connaître le mauvais état d'entretien du chemin ou autre ouvrage, ou

*b*) si la municipalité établit qu'elle n'a pas eu directement ni indirectement connaissance du mauvais état d'entretien ou qu'elle a pris les moyens raisonnables pour le prévenir, ou,

*c*) lorsque le dispositif de signalisation a été détérioré, enlevé ou détruit par quelqu'un d'autre qu'un

than a municipal official or employee, or as a result of an act of vandalism, without proof by the plaintiff that the municipality knew of the defacement, removal or destruction, and failed to restore, repair or replace the traffic control sign in a reasonable period of time.

Section 178:

No action shall be brought against a municipality for the recovery of damages caused

(*a*) by the presence or absence or insufficiency of any wall, fence or guardrail, railing, curb, pavement, markings, traffic control device, illumination device or barrier adjacent to or in, along or upon the highway . . . . .

In my opinion the county failed to discharge the statutory obligation imposed upon it by s. 176(1) of *The Municipal Government Act* to keep the public road on which the accident occurred in a reasonable state of repair having regard to the character of the road and the locality in which it was situated and through which it passed. The road was subject to the direction, management and control of the county. In *The Queen v. Jennings et al.*[1], at p. 537, Mr. Justice Cartwright, as he then was, said:

The appellant contends that failure to maintain a stop sign as required by the relevant statute and regulations does not amount to "default to keep the King's Highway in repair". In the Courts below this submission has been unanimously rejected and, in my opinion, rightly so. It has been repeatedly held in Ontario that where a duty to keep a highway in repair is imposed by statute the body upon which it is imposed must keep the highway in such a condition that travellers using it with ordinary care may do so with safety. The danger created by the failure to maintain the required stop signs marking a through highway is too obvious to require comment. On this branch of the matter I agree with and wish to adopt the reasons of McGillivray J.A.

It is plain from the evidence that anyone using, with ordinary care, the road on which Mr. Stetar travelled could not do so in any degree of

[1] [1966] S.C.R. 532.

employé ou un représentant de la municipalité, ou par des vandales, sauf si le demandeur établit que la municipalité savait que le dispositif avait été détérioré, enlevé ou détruit et qu'elle a omis de le rétablir, de le réparer ou de le remplacer dans un délai raisonnable.

Article 178:

Aucune action ne peut être intentée contre une municipalité pour recouvrer des dommages-intérêts causés

*a*) par la présence, l'absence ou l'insuffisance d'un mur, d'une clôture ou d'un garde-fou, d'un parapet, de pavage, de marques, d'un dispositif de signalisation, d'un dispositif d'éclairage ou d'une barrière sur, près ou le long de la route . . . . .

A mon avis, le Comté ne s'est pas acquitté de l'obligation légale qui lui était imposée par le par. (1) de l'art. 176 du *Municipal Government Act*, de maintenir le chemin public où l'accident s'est produit dans un état raisonnable d'entretien eu égard à la nature du chemin et de l'emplacement où il était situé et qu'il traversait. Le chemin était sous l'autorité, la gestion et le contrôle du Comté. Dans *La Reine c. Jennings et al.*[1], à la p. 537, M. le juge Cartwright, alors juge puîné, déclarait:

[TRADUCTION] L'appelante prétend que l'omission de maintenir un signal d'arrêt tel que requis par la loi et les règlements pertinents n'équivaut pas à «défaut de maintenir les routes royales en bon état d'entretien». Devant les tribunaux d'instance inférieure, cette prétention a été rejetée à l'unanimité et, selon moi, à juste titre. Il a été décidé à maintes reprises en Ontario que lorsque l'obligation de maintenir une route en bon état d'entretien est légalement imposée à un organisme, celui-ci doit maintenir la route dans un état permettant à ceux qui l'empruntent en prenant des précautions ordinaires, d'y circuler en sécurité. Le danger créé par le défaut de maintenir les signaux d'arrêt requis pour indiquer une route principale est tellement évident qu'il se passe de commentaires. Sur cette question je souscris aux motifs du juge d'appel McGillivray que je veux faire miens.

Il ressort clairement de la preuve que personne, en prenant des précautions ordinaires, n'aurait pu circuler sur le chemin qu'a emprunté

[1] [1966] R.C.S. 532.

safety. In the absence of a warning sign the road was perilous in the extreme. It follows that unless the county is absolved by s. 177 or s. 178 of *The Municipal Government Act*, the county must be held liable for the damages sustained by reason of its default. *The Highway Improvement Act*, R.S.O. 1960, c. 171, under consideration in the *Jennings* case, did not contain provision analogous to ss. 177 and 178 of *The Municipal Government Act* of Alberta.

It would seem from s. 178 that the County of Parkland No. 31 was under no duty to place a traffic control device at the intersection in question and no cause of action would have arisen for failure to do so, but, having erected a warning sign, the county in my view came under a duty to make adequate and proper inspections to ensure the proper maintenance of the sign and under a duty to re-erect it when the county knew or ought to have known that the sign was not in its proper position to give warning to northbound traffic of the dangerous intersection. The county failed to discharge those duties.

Section 177(*c*) might have afforded a defence but to engage this section the county would have had to allege and prove that the sign was removed by someone other than a municipal official or employee or as a result of an act of vandalism, and the onus would be upon the county to show that affirmatively. The county failed to call any evidence at trial. The trial judge however said:

> The sign had been supported on a pipe and this pipe had been broken two inches below the sign. It would be hard to conceive of a municipality having done this to the sign. There is an inference, albeit a weak inference, that this had been done by someone other than the municipality.

With respect, there is nothing to support that inference. There is no reliable evidence to suggest by whom or in what manner the sign was removed. The breaking of a two-inch pipe would require the application of great force and if one were to speculate it is just as likely that

M. Stetar et être quelque peu en sûreté. Sans signal d'avertissement, le chemin était extrêmement dangereux. Il s'ensuit qu'à moins que le Comté ne soit exonéré par les art. 177 et 178 du *Municipal Government Act*, il doit être tenu responsable des dommages qui résultent de son défaut. Le *Highway Improvement Act*, R.S.O. 1960, c. 171, dont il était question dans l'affaire *Jennings*, n'avait pas de disposition semblable aux art. 177 et 178 du *Municipal Government Act* de l'Alberta.

Il semblerait que l'art. 178 n'imposait pas au comté de Parkland N° 31 l'obligation d'installer un dispositif de signalisation au carrefour en question et s'il ne l'avait pas fait il n'y aurait pas eu de droit d'action. Mais après l'installation d'un panneau d'avertissement, le Comté se devait, à mon avis, de faire des inspections suffisantes pour assurer l'entretien approprié du panneau et de le remettre en place lorsqu'il savait ou aurait dû savoir que le panneau n'était plus placé de façon à prévenir la circulation en direction nord de l'approche du carrefour dangereux. Le Comté n'a pas rempli ses obligations.

L'al. *c*) de l'art. 177 aurait pu fournir un moyen de défense mais pour que cet article entre en jeu le Comté aurait dû alléguer et prouver que le panneau avait été enlevé par quelqu'un d'autre qu'un représentant ou un employé de la municipalité, ou par des vandales, et pour établir ce fait le Comté aurait eu le fardeau de la preuve. Le Comté n'a pas convoqué de témoin au procès. Le juge de première instance a cependant déclaré:

> [TRADUCTION] Le panneau avait été installé sur un tuyau qui a été brisé à deux pouces au-dessous du panneau. Il est difficile de concevoir que cela ait été fait par la municipalité. On peut tirer une conclusion, même s'il s'agit d'une conclusion fragile, que quelqu'un d'autre que la municipalité en est l'auteur.

Avec respect, il n'y a rien à l'appui de cette conclusion. Il n'y a pas de preuve sérieuse pour indiquer par qui ou de quelle façon le panneau a été enlevé. Il faudrait un coup très violent pour briser un tuyau de deux pouces et si l'on veut spéculer le tuyau peut avoir été brisé aussi bien

the pipe was knocked down by snow clearing or road maintenance equipment of the county as by vandals. The plain fact is that the county did not prove, nor indeed attempt to prove, that the removal of the pipe was the act of someone other than a municipal official or employee or an act of vandalism.

Mr. Justice Kane, dissenting in the Appellate Division, was of the opinion there were sufficient *indicia* to warn Stetar of the approaching intersection and the collision was due entirely to his failure to maintain a proper look-out. It is true that photographic Exhibits 7 and 8 show a power line and a barbed wire fence at Stetar's side of the road, which turn off to the east at about the southern boundary of the intersection. Exhibit 7, however, was taken from the west side of the road facing in a north-easterly direction and can not be relied upon as a fair portrayal of what was visible to one approaching the intersection directly from the south, and I confess I find little in the winter scene depicted in Exhibit 8 to alert a car driver approaching at 40 to 45 miles an hour that an intersection and latent catastrophe are imminent. It was then suggested Stetar knew that in Western Canada there is an intersecting road every one or two miles and this should have put him on the *qui-vive* but I am unaware of any authority which obliges the driver of an automobile to drive with one eye on his odometer. The best evidence as to the nature of the intersection and approach to it comes from those who actually drove to it and through it. None of these persons found the features to which I have referred to be helpful as a warning. At the risk of unduly protracting these reasons, I would like to quote verbatim the evidence of the witnesses who were not parties to the proceedings and were familiar with the intersection:

*Constable Cameron of the R.C.M.P.*

Q. Prior to, or on December 14th, 1969, had you ever approached the intersection from the south, travelling in a northerly direction?

A. Yes, I have.

par l'outillage du comté utilisé pour l'enlèvement de la neige ou l'entretien de la route que par des vandales. De fait, le Comté n'a pas prouvé, ni même tenté de prouver, que l'enlèvement du tuyau pouvait être imputé à quelqu'un d'autre qu'un employé ou un représentant de la municipalité, ou à un vandale.

M. le juge Kane, dissident à la Division d'appel, était d'opinion qu'il y avait suffisamment d'indices pour prévenir Stetar qu'il approchait d'un carrefour et que la collision résulte entièrement de son manque de vigilance. Il est vrai que les photographies, les pièces 7 et 8, montrent sur le côté de la route où circulait Stetar une ligne de transmission d'énergie et une clôture de fil de fer barbelé, qui tournent à l'est près de la limite sud du carrefour. Cependant, la photographie nº 7 a été prise du côté ouest de la route en regardant dans la direction nord-est mais on ne peut la considérer comme un portrait exact de ce qui était visible à quelqu'un approchant du carrefour directement du sud; et j'admets voir peu dans le paysage d'hiver représenté par la pièce 8 ce qui indiquerait à un conducteur roulant à une vitesse de 40 à 45 milles à l'heure qu'il approche d'un carrefour et court un danger. On a alors mentionné que Stetar savait que dans l'ouest canadien, à chaque mille ou deux, il y a un chemin transversal et qu'ainsi il aurait dû être sur le qui-vive, mais je ne connais aucune autorité qui oblige le conducteur d'un véhicule automobile à surveiller continuellement l'odomètre. La meilleure preuve quant au caractère du carrefour et de son approche est fournie par les témoins qui y sont effectivement passés. Nul d'entre eux n'a considéré que les indices que je viens de mentionner pouvaient servir d'avertissement utile. Au risque de prolonger indûment ces motifs, j'aimerais citer textuellement les déclarations des témoins qui n'étaient pas parties aux procédures mais qui connaissaient bien le carrefour.

*Le constable Cameron de la Gendarmerie royale du Canada*

[TRADUCTION] Q. Vous êtes-vous, le 14 décembre 1969 ou avant cette date, approché du carrefour du sud, en direction nord?

R. Oui.

Q. Would you tell the Court, please, what you observed as to visibility of the intersection?

A. Well without prior knowledge of the intersection I believe it to be practically impossible to tell that there was an intersection there. It is probably one of the worst intersections that I have seen as far as visibility of traffic, it was very poor.

As I say the intersection itself was situated on the top of a hill which precluded any previous warning without a sign of an intersection.

Q. And as you say there was no sign?

A. There was no sign.

*Mr. Connors—an insurance adjuster*

Q. Would you describe, please, what you have to say as to the visibility of the intersection as you approached it from the south?

A. Well, the view to the east was completely obstructed by a bank on the east side of the road, you could not see the intersection until you were right in it.

Q. And how far would you be from the intersection before you were aware that there was an intersection there?

A. Well, there is a power pole on the southeast corner, and you are past it before you can see the intersection, you have to be right in it before you can see it.

*Mr. Weir—a civil engineer and land surveyor*

Q. Would you describe for the Court, please, what your visibility was as you approached the intersection from the south?

A. There is no—as you approached from the south there is no indication of a—that you are coming to an intersection until you are right at the intersection.

and later:

Q. As you are about 45 feet from the middle of the intersection you are aware that an intersection exists?

A. Yes, there was no indication before you get to that point.

Q. And approximately how many feet would that be from the south boundary of the intersection?

A. 25 to 30 feet, something like that.

*Mr. Schuster—Secretary-Treasurer of the County of Parkland No. 31, on discovery*

Q. Pourriez-vous dire à la Cour, s'il vous plaît, ce que vous avez remarqué quant à la visibilité du carrefour?

R. Bien, à moins de connaître l'existence du carrefour je crois qu'il est pratiquement impossible de dire qu'il y a là une croisée. En ce qui concerne la visibilité c'est probablement l'un des pires carrefours que j'aie vu; la visibilité était près pauvre.

Le carrefour lui-même était sur le haut d'une colline de sorte que sans panneau avertisseur rien n'indiquait sa présence.

Q. Et vous dites qu'il n'y avait pas de panneau?

R. Il n'y en avait pas.

*M. Connors—un évaluateur*

[TRADUCTION] Q. Voulez-vous dire ce que vous savez, s'il vous plaît, quant à la visibilité du carrefour lorsque vous vous en approchez venant du sud?

R. Bien, la visibilité à l'est était complètement obstruée par un talus sur le côté est de la route, vous ne pouviez pas voir le carrefour avant d'y être.

Q. Et à quelle distance du carrefour pouvez-vous vous rendre compte de sa présence?

R. Bien, il y a un poteau de ligne de transmission au coin sud-est, et vous devez le dépasser avant de voir le carrefour, vous devez y être pour le voir.

*M. Weir—un ingénieur civil et arpenteur géomètre*

Q. Voulez-vous dire à la Cour, s'il vous plaît, ce que vous pouviez voir lorsque vous vous approchiez du carrefour, venant du sud?

R. Il n'y a pas—lorsque vous venez du sud il n'y a pas d'indication d'un—que vous vous dirigez vers un carrefour avant d'y être effectivement rendu.

et plus loin:

[TRADUCTION] Q. A environ 45 pieds du milieu du carrefour vous vous rendez compte de sa présence?

R. Oui, il n'y a pas d'indication avant d'arriver à ce point.

Q. Et cela serait combien de pieds environ de la limite sud du carrefour?

R. 25 à 30 pieds, quelque chose comme ça.

*M. Schuster—Secrétaire-trésorier du comté de Parkland Nº 31, à l'interrogatoire préalable*

A. It would be pretty difficult to see the intersection itself without a sign at the intersection.

This evidence tends to confirm Constable Cameron's impression that "it was an extremely dangerous intersection."

And there is this finding by the trial judge: "Now the evidence indicates that so far as Stetar was concerned this was a blind intersection."

In the face of all of this it does seem to me to be placing an unwarranted and undue burden on Mr. Stetar to hold that he should have been sensitive to the approaching intersection and that the absence of the warning sign was not a material factor contributing to the accident. I agree with the majority of the Appellate Division that the County of Parkland No. 31 is liable in part for the accident.

The second question is whether the Poiriers and Car Rentals can recover 100 per cent of their damages from Stetar having regard to (a) the attribution of fault 75 per cent to Stetar and 25 per cent to the county; (b) the nonsuit of the Poiriers and Car Rentals in their actions against the county for their failure to give timely notice; (c) the authorities which support the proposition that s. 4(1)(*c*) of *The Tort-Feasors Act*, R.S.A. 1955, c. 336 (now R.S.A. 1970, c. 365) and its English counterpart, s. 6(1)(*c*) of the *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act*, 1935, do not admit of a claim for contribution by one tort-feasor against another when that other has been sued by the injured person and held not liable: *George Wimpey & Co. v. British Overseas Airways Corporation*[2]; *Aleman v. Blair and Canadian Sugar Factories Ltd.*[3]; *Hart v. Hall and Pickles, Ltd.*[4]. Section 4(1)(*c*) of the *Tort-Feasors Act* of Alberta provides:

[2] [1954] 3 All E.R. 661.
[3] (1963), 44 W.W.R. 530.
[4] [1968] 3 All E.R. 291.

R. Il serait très difficile de voir le carrefour sans un panneau au carrefour même.

La preuve tend à confirmer l'impression du constable Cameron que [TRADUCTION] «c'était un carrefour extrêmement dangereux».

Et il y a cette conclusion du juge de première instance: [TRADUCTION] «La preuve indique qu'en ce qui concerne Stetar, il s'agissait d'un carrefour invisible».

En présence de tous ces faits, il me semble injuste de maintenir que M. Stetar aurait dû pressentir le carrefour et que l'absence d'un panneau avertisseur n'a pas été un facteur important de l'accident. Je partage l'opinion de la majorité de la Division d'appel que le comté de Parkland N° 31 est partiellement responsable de l'accident.

La seconde question est de savoir si les Poirier et Car Rentals peuvent recouvrer 100 pour cent de leurs dommages-intérêts de Stetar eu égard (a) à l'imputation de 75 pour cent de la responsabilité à Stetar et de 25 pour cent au Comté, (b) au fait que les Poirier et Car Rentals aient été déboutés de leur action contre le Comté en raison de leur défaut de donner l'avis en temps utile; (c) aux précédents à l'appui de la thèse que l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 du *Tort-Feasors Act*, R.S.A. 1955, c. 336 (maintenant R.S.A. 1970, c. 365) et le texte législatif anglais correspondant, soit l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 6 du *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act*, 1935, ne permettent pas à l'auteur du délit de réclamer une contribution d'un autre auteur du même délit si celui-ci a été poursuivi par la victime et déclaré non responsable: *George Wimpey & Co. v British Overseas Airways Corporation*[2]; *Aleman v. Blair and Canadian Sugar Factories Ltd.*[3]; *Hart. v. Hall and Pickles, Ltd.*[4]. L'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 du *Tort-Feasors Act* de l'Alberta énonce:

[2] [1954] 3 All E.R. 661.
[3] (1963), 44 W.W.R. 530.
[4] [1968] 3 All E.R. 291.

4. (1) Where damage is suffered by any person as a result of a tort, whether a crime or not, . . .

(*c*) any tort-feasor liable in respect of that damage may recover contribution from any other tort-feasor who is or would, if sued, have been liable in respect of the same damage, whether as a joint tort-feasor or otherwise . . .

In *Hart v. Hall and Pickles, Ltd., supra*, the Court of Appeal had occasion to consider the meaning of s. 6(1)(*c*) of the *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act*, 1935. Lord Denning M.R. commented on this section and the *Wimpey* case at p. 293:

This point depends on the interpretation of the Act of 1935. Before that Act when there were separate tortfeasors causing one damage, the plaintiff could sue them each in turn till he got the total amount of his damages: and neither of the tortfeasors had any right of contribution from the other. Now this statute gives a right of contribution. Section 6(1) provides that:

"Where damage is suffered by any person as a result of a tort . . . (*c*) any tortfeasor liable in respect of that damage may recover contribution from any other tortfeasor who is, or would if sued have been, liable in respect of the same damage . . ."

That is all I need read. Those words as construed by the House of Lords cover two situations: (i) where a tortfeasor has been sued and has been held liable; and (ii) where a tortfeasor has not been sued, but, if he had been sued, he would have been held liable. *The words do not cover a third situation; (iii) where a person who is alleged to be a tortfeasor has been sued and has been held not liable.* If he has been held not liable on the merits of the case, clearly he cannot be sued for contribution. If he has been saved from liability by reason of the Statute of Limitations, again he cannot be sued for contribution, see *George Wimpey v. British Overseas Airways Corpn.*

(Italics added.) Section 3(2) of *The Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1955, c. 56 (now R.S.A. 1970, c. 65) must be considered. This subsection provides:

(2) Except as provided in sections 4 and 5, where two or more persons are found at fault they are

[TRADUCTION] 4. (1) Lorsqu'une personne subit un dommage à la suite d'un délit civil, qu'il s'agisse ou non d'un crime, . . .

*c*) tout auteur du délit responsable de ce dommage peut obtenir une contribution contre tout autre auteur qui est également responsable de ce dommage ou qui l'aurait été s'il avait été poursuivi, que ce soit en tant que co-auteur ou à tout autre titre . . .

Dans l'arrêt *Hart v. Hall and Pickles, Ltd., supra*, la Cour d'appel a eu l'occasion d'étudier la portée de l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 6 du *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act*, 1935. Lord Denning (maître des rôles) a commenté cet article et l'arrêt *Wimpey* à la p. 293:

[TRADUCTION] Cette question dépend de l'interprétation de la Loi de 1935. Avant son adoption, si le même dommage avait été causé par des auteurs distincts, le demandeur pouvait poursuivre chacun des auteurs du délit jusqu'à ce qu'il obtienne le montant entier de ses dommages-intérêts: et aucun auteur du délit n'avait de recours pour obtenir une contribution d'un co-auteur. Maintenant cette Loi accorde ce recours. Le par. (1) de l'art. 6 le prévoit:

«Lorsqu'une personne subit un dommage à la suite d'un délit civil . . . *c*) tout auteur du délit responsable de ce dommage peut obtenir une contribution contre tout auteur qui est également responsable de ce dommage ou qui l'aurait été s'il avait été poursuivi . . .»

Cet extrait est suffisant. Tel qu'interprété par la Chambre des Lords, ce texte vise deux situations: (i) lorsque l'auteur d'un délit a été poursuivi et jugé responsable; et (ii) lorsque l'auteur du délit n'a pas été poursuivi, mais s'il l'avait été, il aurait été jugé responsable. *Le texte ne comprend pas une troisième situation; (iii) lorsqu'une personne que l'on prétend être l'auteur d'un délit a été poursuivie et déclarée non responsable.* Si elle n'est pas responsable parce que l'action était mal fondée, il est évident qu'on ne peut lui réclamer de contribution. Si elle a pu échapper à la responsabilité en raison du *Statute of Limitations*, la même règle s'applique, voir *George Wimpey v. British Overseas Airways Corpn.*

(Les italiques sont de moi.) Le par. (2) de l'art. 3 du *Contributory Negligence Act* R.S.A. 1955, c. 56 (maintenant R.S.A. 1970, c. 65) doit être examiné. Ce paragraphe énonce:

[TRADUCTION] (2) Sauf dans les cas prévus aux articles 4 et 5, lorsque deux personnes ou plus sont

jointly and severally liable to the person suffering the damage or loss, but as between themselves, in the absence of any contract express or implied, they are liable to make contribution to and indemnify each other in the degree in which they are respectively found to have been at fault.

The subsection does not have the effect of limiting the right of the Poiriers and Car Rentals to full recovery from Stetar. On the contrary it declares the joint and several liability of persons at fault to the person suffering damage or loss. It is only as between themselves that persons contributing to the damage or loss are liable to make contribution to and indemnify each other. This might suggest a right of contribution and indemnification as between Stetar and the county, but I would consider that s. 4(1)(*c*) of *The Tort-Feasors Act* precludes any such contribution or indemnification in the present case. The relationship of *The Contributory Negligence Act* and *The Tort-Feasors Act* on the issue of contribution between tort-feasors is such that in my opinion s. 4(1)(*c*) of the latter Act must prevail over s. 3(2) of the former Act. These Acts cover related subject-matter and must be read the one with the other. Section 3(2) of *The Contributory Negligence Act* in its last clause states a general rule reflected as well in *The Tort-Feasors Act* that tort-feasors are liable to make contribution and indemnify each other in the degree in which they are found to be at fault or negligent. While *The Contributory Negligence Act* concerns generally the question of contributory negligence, *The Tort-Feasors Act* addresses itself more particularly to the relationship of tort-feasors. Section 4(1)(*c*) of the latter Act is specifically directed to the question of recovery as between tort-feasors and in my opinion takes precedence over s. 3(2) of *The Contributory Negligence Act*.

It is contended that it is unjust to require Stetar to pay in full the claims of the Poiriers and Car Rentals when they, by their delay, have made it impossible for Stetar to recover contri-

reconnues fautives, elles sont conjointement et solidairement responsables envers quiconque a subi le dommage ou la perte; mais en l'absence de tout contrat exprès ou tacite, elles ont la responsabilité les unes envers les autres, d'effectuer entre elles une compensation calculée d'après l'importance relative attribuée à la faute de chacune d'elles.

Ce paragraphe n'a pas pour effet de restreindre le droit des Poirier et de Car Rentals de recouvrer entièrement leurs dommages de Stetar. Au contraire, il prévoit la responsabilité conjointe et solidaire des personnes fautives envers la personne qui a subi le dommage ou la perte. C'est seulement entre elles-mêmes que les personnes qui ont causé la perte ou le dommage sont obligées d'effectuer une compensation. Cela peut donner à entendre un droit de contribution et de compensation entre Stetar et le Comté, mais je considérerais que l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 du *Tort-Feasors Act*, exclut en l'espèce toute contribution ou compensation de ce genre. La relation entre le *Contributory Negligence Act* et le *Tort-Feasors Act* sur la question de contribution entre les auteurs d'un délit est telle qu'à mon avis l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 de cette dernière loi doit prévaloir sur le par. (2) de l'art. 3 de la première. Ces lois traitent de matières connexes et doivent être lues l'une en égard de l'autre. La dernière disposition du par. (2) de l'art. 3 du *Contributory Negligence Act* énonce une règle générale qui apparaît également dans le *Tort-Feasors Act* que les auteurs de délit doivent effectuer entre eux une compensation calculée d'après l'importance relative attribuée à la faute ou négligence de chacune d'elles. Alors que le *Contributory Negligence Act* traite de façon générale la question de la négligence contributive, le *Tort-Feasors Act* vise de façon plus particulière la relation entre les auteurs de délit. L'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 de cette dernière loi vise expressément de la question du recouvrement entre les auteurs de délit et, à mon avis, a préséance sur le par. (2) de l'art. 3 du *Contributory Negligence Act*.

On prétend qu'il est injuste d'exiger de Stetar de payer entièrement la réclamation des Poirier et de Car Rentals lorsque ceux-ci, par leur retard, empêchent Stetar d'être compenser par

bution from the county. It is fundamental, however, to tort law that a plaintiff can proceed against any one of a number of joint or several tort-feasors; there is no duty upon him to sue all those whom he believes contributed to his hurt. He may elect to recover the full amount of his damage from a tort-feasor only partly to blame and that tort-feasor, prior to enactment of s. 4(1)(*c*) of *The Tort-Feasors Act*, had no right to contribution from any other person: *Merryweather v. Nixan*[5]. Section 4(1)(*c*) and its counterpart in other jurisdictions have ameliorated the common law in that the right to contribution has now been recognized; however, even in those cases in which for some reason the right to contribution does not exist, the victim retains the right of full recovery from the tort-feasor whom he has sued. I am accordingly of the view that Stetar has no enforceable claim for contribution against the county in respect of any amount paid by Stetar to Poirier and Car Rentals in the first action and to Mrs. Poirier and children in the second action.

The same considerations would apply with respect to the claims against the county advanced on behalf of Woodrow *et al.* and on behalf of the Stetar children but for s. 4 of *The Contributory Negligence Act*, reading:

> 4. Where no cause of action exists against the owner or driver of a motor vehicle by reason of section 214 of *The Highway Traffic Act*, no damages, contribution or indemnity shall be recovered from any person for the portion of the damage or loss caused by the negligence of such owner or driver but the portion of the damage or loss so caused by the negligence of such owner or driver shall be determined although such owner or driver is not a party to the section.

The Woodrows and the Stetar children were gratuitous passengers in the Stetar vehicle; s. 214 of *The Highway Traffic Act*, R.S.A. 1970, c. 169, permits recovery by gratuitous passengers only in the case of gross negligence; there is no evidence that Stetar was grossly negligent,

[5] (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337.

le Comté. C'est, cependant, un principe fondamental du droit relatif à la responsabilité délictuelle qu'un demandeur peut poursuivre n'importe lequel des auteurs conjoints ou solidaires d'un délit; il n'est pas tenu de poursuivre tous ceux qu'il croit avoir contribué à son préjudice. Il peut choisir de recouvrer le plein montant de ses dommages-intérêts d'un auteur d'un délit responsable seulement en partie et celui-ci, avant l'adoption de l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 du *Tort-Feasors Act*, n'avait pas de recours pour obtenir de contribution d'un tiers: *Merryweather v. Nixan*[5]. L'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 et les dispositions correspondantes d'autres législatures ont amélioré la *common law* en ce que le droit d'obtenir une contribution a maintenant été reconnu; cependant, même dans ces cas où pour quelque raison le droit à la contribution n'existe pas, la victime conserve le droit d'obtenir le recouvrement complet de ses dommages de l'auteur du délit qu'elle a poursuivi. Par conséquent, je suis d'avis que Stetar n'a pas de recours pour réclamer du Comté et quote-part des montants payés à Poirier et à Car Rentals dans la première action et à M^me^ Poirier et ses enfants dans la deuxième action.

Les réclamations faites au nom de Woodrow *et al.* et au nom des enfants Stetar contre le Comté seraient jugées de la même façon si ce n'était de l'art. 4 du *Contributory Negligence Act* qui se lit comme suit:

> [TRADUCTION] 4. Lorsqu'il ne peut être intenté d'action contre le propriétaire ou le conducteur d'un véhicule à moteur, en raison de l'article 214 du *Highway Traffic Act*, il ne peut être recouvré de dommages-intérêts, de quote-part ni d'indemnité de quiconque pour la part du dommage ou de la perte imputable à la négligence de ce propriétaire ou conducteur, mais cette part doit être déterminée même si le propriétaire ou le conducteur n'est pas partie à l'action.

Les enfants Woodrow et Stetar étaient passagers à titre gratuit dans la voiture de Stetar; l'art. 214 du *Highway Traffic Act*, R.S.A. 1970, c. 169 donne un droit de recours aux passagers à titre gratuit seulement dans le cas de négligence grossière; il n'y a aucune preuve de négli-

[5] (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337.

therefore, if sued, he would not have been liable. In the absence of s. 4 above, the county would have had to bear 100 per cent of the damages without right of contribution from Stetar but the section has the effect of limiting the liability of the county to 25 per cent of the damages sustained by Woodrow *et al.* and by the Stetar children.

In the result, I would vary the judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta and:

(a) Dismiss the claim of Stetar *et al.* against Poirier and Car Rentals;

(b) Allow the claim of Stetar *et al.* against the county to the extent of 25 per cent of the damages;

(c) Allow the counterclaim of Poirier and Car Rentals against Stetar to the extent of 100 per cent of the damages;

(d) Allow the claim of Mrs. Poirier *et al.* against Stetar to the extent of 100 per cent of the damages;

(e) Allow the claim of Woodrow *et al.* against the county to the extent of 25 per cent of the damages but dismiss, with costs in this Court, the motion to vary;

(f) Allow the Poiriers and Car Rentals their costs against Stetar throughout. As success as between Stetar *et al.* and the county is divided, I would not allow costs in this Court to either party.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Hansen, Joyce, Ross & Hustwick, Edmonton.*

*Solicitors for the respondents: Brower, Johnson, Liknaitzky & Veale, Edmonton.*

gence grossière de la part de Stetar et par conséquent, s'il avait été poursuivi, il n'aurait pas été tenu responsable. Sans l'art. 4 ci-dessus, le Comté aurait eu à supporter 100 pour cent des dommages-intérêts sans droit de compensation de Stetar, mais cet article limite sa responsabilité à 25 pour cent des dommages subis par Woodrow *et al.* et par les enfants Stetar.

En conséquence, je suis d'avis de modifier le jugement de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta et de:

a) Rejeter la réclamation de Stetar *et al.* contre Poirier et Car Rentals;

b) Accueillir la réclamation de Stetar *et al.* contre le Comté jusqu'à concurrence de 25 pour cent des dommages-intérêts;

c) Accueillir la demande reconventionnelle de Poirier et Car Rentals contre Stetar jusqu'à concurrence de 100 pour cent des dommages-intérêts;

d) Accueillir la réclamation de M^me^ Poirier *et al.* contre Stetar jusqu'à concurrence de 100 pour cent des dommages-intérêts;

e) Accueillir la réclamation de Woodrow *et al.* contre le Comté jusqu'à concurrence de 25 pour cent des dommages-intérêts mais de rejeter, avec dépens en cette Cour, la requête en modification;

f) Accorder aux Poirier et à Car Rentals leurs dépens contre Stetar dans toutes les cours. Entre Stetar *et al.* et le Comté, les deux parties ayant partiellement eu gain de cause, je n'adjugerais pas de dépens en cette Cour en faveur de l'une ou de l'autre partie.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Hansen, Joyce, Ross & Hustwick, Edmonton.*

*Procureurs des intimés: Brower, Johnson, Liknaitzky & Veale, Edmonton.*

# INDEX


## ADMINISTRATIVE LAW

Natural justice – Bias – Members of Discipline Committee participating in Convocation considering Committee's report – The Law Society Act, 1970 (Ont.), ss. 33, 34, 37, 39.

LAW SOCIETY OF UPPER CANADA v. FRENCH, 767.

## APPEAL

1. Supreme Court of Canada – Concurrent findings of fact – Oral judgment by Court of Appeal – Assessment of weight of concurrent findings in light of oral judgment.

LEVY *et al.* v. MANLEY, 70.

2. Variation of apportionment of negligence by Court of Appeal – The Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, s. 5.

TAYLOR v. ASODY, 414.

3. Jury – Credibility – Function of jury – Whether verdict contrary to weight of evidence – Test to be applied by appellate court.

AULD *et al.* v. WALLACE'S MOVING & STORAGE LTD. *et al.*, 820.

4. Plaintiff injured as result of diving into dish-shaped pool in public park – Jury not acting judicially, on the evidence, in concluding park operator negligent – Verdict set aside.

VANCOUVER-FRASER PARK v. OLMSTEAD, 831.

## ARBITRATION

Ouster of Jurisdiction – Effect and interpretation of 'Scott and Avery' Clause – Submission to arbitration, a condition precedent – Arbitration Act, R.S.N.S. 1967, c. 12.

DEUTERIUM OF CANADA LTD. *et al.* v. BURNS AND ROE INC. *et al.*, 124.

## BARRISTERS AND SOLICITORS

Discipline – Professional misconduct – Investigation and report by Discipline Committee – Nature of proceedings in Convocation considering Committee report – Right of Benchers to sit on both Committee and Convocation.

LAW SOCIETY OF UPPER CANADA v. FRENCH, 767.

## BILLS OF EXCHANGE

Promissory note – Execution – Subscription by controlling shareholder of corporation under stamped name of corporation – Whether controlling shareholder bound as an individual – Consideration – Note covering debt of promisor and debt of another – Liability of promisor.

J.D.F. BUILDERS LTD. v. PEARL, 846.

## CIVIL CODE

1.—Article 1077 (Damages resulting from the inexecution of obligations) ..... 2

*See:* MORTGAGES

2.—Article 2262.2 (Prescription) ..... 388

*See:* PRESCRIPTION

## CODE OF CIVIL PROCEDURE

1.—Article 752 (Injunction) ..... 236

*See:* INJUNCTION

2.—Article 758 (Injunction) ..... 32

*See:* MUNICIPAL LAW

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Validity of declaration in s. 174 of Canada Grain Act, R.S.C. 1952, c. 25 (now R.S.C. 1970, c. G-16) and s. 45 of Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1952, c. 44 (now R.S.C. 1970, c. C-12) – Whether applicable to rapeseed elevator – British North America Act, 1867, s. 92(10)(c).

CHAMNEY v. THE QUEEN, 151.

2. Validity of Legislation – Official languages – Competence of Parliament – Competence of provincial legislatures – Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, ss. 11(1), (3), (4) – The Official Languages of New Brunswick Act, 1969 (N.B.), c. 14, s. 14 – The Evidence Act, R.S.N.B. 1952, c. 74, s. 23C – The British North America Act, 1867, ss. 91, 101, 133.

JONES v. ATTY. GENERAL OF NEW BRUNSWICK, 182.

3. Civil rights – Criminal trial – Right to interpreter during Judge's charge.

ONTARIO, ATTORNEY GENERAL OF v. REALE, 624.

## CONTRACTS

1. Quantum – Quantum meruit – Private Hospital providing services for social assistance patients – Action brought for difference between amounts claimed by hospital and amounts actually paid by city – Whether hospital's entitlement barred by certain Orders in Council – Hospital Act, R.S.B.C. 1960, c. 178, s. 37(2) – Social Assistance Act, R.S.B.C. 1960, c. 360 – Residence and Responsibility Act, R.S.B.C. 1960, c. 340, s. 3 – Orders in Council 3103, 4399, 4400.

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY-GENERAL FOR) *et al.* v. PARKLANE PRIVATE HOSPITAL LTD., 47.

2. Construction – Contract concluded by contractor with civil engineer and concrete company – Concrete not in accordance with specifications – Damages – Liability – Extent and nature.

BILODEAU v. BERGERON & FILS LTÉE, 345.

## CONTRACTS—Concluded

3. Interpretation – Omission of items from operative clause – Intention of the parties – Admissibility of evidence – Rectification.

AUGDOME CORP. LTD. v. GRAY *et al.*, 354.

4. Building contract – Breach of contract – Duty of contractor – Architect's plan defective – Liability of contractor for negligence.

BRUNSWICK CONSTRUCTION LTÉE v. NOWLAN, 523.

## COURTS

1. Jurisdiction – Order of one provincial Court purporting to deal with assets already captured by competent order of another provincial Court – Order not approved by Supreme Court of Canada – Supreme Court not in position to rule on validity of garnishment effected in other Province – The Builders and Workmen Act, R.S.M. 1970, c. B90, s. 3.

BANK OF MONTREAL v. METROPOLITAN INVESTIGATION & SECURITY (CANADA) LTD., 546.

2. Stare decisis – Uniformity among Provincial Appellate Courts required only as result of decisions of Supreme Court of Canada.

WOLF v. THE QUEEN, 107.

## CRIMINAL LAW

1. Attempted murder – Charge to jury – "must be unanimous in any verdict you bring back" – "All twelve of you must agree to convict or acquit . . ."

HARRISON v. THE QUEEN, 95.

2. Perjury – Accused testifying he could not remember events described by him in statement to police – Whether false evidence, known by accused to be false, given with intent to mislead Court – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 120.

WOLF v. THE QUEEN, 107.

3. Narcotics – Possession – Apartment door forced open by police after being shut by accused – Accused standing in livingroom – Smell of hashish – Another person found in bathroom attempting to dispose of drugs – Plastic straw found to contain residue of hashish – Inevitable and overwhelming conclusion that other person had possession of drugs with consent and knowledge of accused.

FULLER v. THE QUEEN, 121.

4. Dance performed in the nude in a cabaret before a paying audience – Whether immoral performance within Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 163(2).

JOHNSON v. THE QUEEN, 160.

5. Theft of automobile – Joy-riding – Whether included offence – Whether offences mutually exclusive – Elements of theft – Criminal Code, ss. 283, 294, 295.

LAFRANCE v. THE QUEEN, 201.

## CRIMINAL LAW—Concluded

6. Murder – Accessory after the fact – Plea of guilty by principal – Admissible evidence against the accessory – Guilty knowledge – Circumstantial evidence.

R. v. VINETTE, 222.

7. Conviction on charge of non-capital murder – Appeal – Application of s. 613(1)(a)(i) of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34.

CORBETT v. THE QUEEN, 275.

8. Robbery and possession of stolen automobile – Circumstantial evidence – Charge to jury – Instructions as to law applicable in determining whether certain articles in possession of both accused – Whether misdirection in application of s. 3(4) of Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34.

R. v. LOVIS; R. v. MONCINI, 294.

9. Possession – Goods obtained by the commission of an indictable offence – Rights of holders of conditional sales agreements – Duty of Judge to direct jury on significance of "obtained" – Criminal Code, ss. 312(1)(a), 283(1).

R. v. MARONEY, 306.

10. Plea of guilty at trial – Duty of trial judge – Legal aid duty counsel – Discretion of trial judge to hear evidence.

ADGEY v. THE QUEEN, 426.

11. Oral threat to cause injury made face to face – No offence under Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 331(1)(a).

R. v. NABIS, 485.

12. Notice of appeal signed by "agent" for Attorney General – Notice of appeal valid – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 605.

R. v. BADALL, 503.

13. Evidence – Order excluding witnesses – Crown witnesses failing to comply and permitted to testify – Trial judge expressly reserving question of weight to be attached to rebuttal evidence of only one witness – Whether error in law – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(1).

DOBBERTHIEN v. THE QUEEN, 560.

14. Motor Vehicles – Breathalizer – Refusal of right to counsel – Admissibility of certificate of analysis – Criminal Code, ss. 235, 236, 237 – Canadian Bill of Rights, s. 2(c)(ii).

HOGAN v. THE QUEEN, 574.

15. Trial – Refusal of right to interpreter by trial judge on basis of possible distraction of jury – Criminal Code, s. 577(1) – Canadian Bill of Rights, s. 2(g).

ONTARIO, ATTORNEY GENERAL OF v. REALE, 624.

## DAMAGES

1. Deceased killed in automobile accident – Damages for shortened expectation of life – Quantum – Loss of amenities of life not to be considered as an additional head of damage – The Trustee Act, R.S.A. 1955, c. 346, s. 32 (now The Administration of Estates Act, R.S.A. 1970, c. 1, s. 51).

CROSBY v. O'REILLY, 381.

## DAMAGES—Concluded

2. Quantum – Review of award by appellate Court.

HONAN *et al.* v. GERHOLD *et al.*, 866.

## DIVORCE

1. Conditional decree nisi – Corollary relief – Power of Court to make decree nisi conditional – Decree nisi conditional on provision of adequate security for maintenance payments – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 9(1)(f), 10, 11(1)(2), 13(3).

NASH v. NASH, 507.

2. Maintenance – Question raised before decree nisi – Power to rule on this question after decree absolute – Decrees nisi and absolute granted with other rights reserved – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(1)(a) and 13(3).

LAPOINTE v. KLINT, 539.

3. Cruelty – Twelve years of tranquil marriage during which wife shared husband's religion – Wife returning to former religion and inculcating children with its tenets despite husband's objection – Ensuing domestic discord – Trial judge granting decree nisi and custody of children to husband and dismissing wife's cross-petition – Appellate Division reversing judgment at trial without recorded reasons – Trial judge's conclusions not made in disregard of evidence or based on wrongful evaluation of conflicts in evidence – Judgment at trial restored.

RETZER v. RETZER, 881.

## EVIDENCE

Intestacy – Whether appellant lawful daughter of deceased – Statement of claim and settlement agreement concerning claim by appellant's mother against deceased for wages as housekeeper – Admissibility of statement of claim and agreement.

PORTEOUS v. DORN *et al.*, 37.

## ESTOPPEL

Benefit from construction by a controlled company – Assessment – Alleged debt of taxpayer to the company – Writ of extent against the taxpayer as debtor of the company – Whether principle of "issue estoppel" applicable.

ANGLE v. M.N.R., 248

## EXPROPRIATION

Compensation – Development value for probable development – Highest and best use – Present value for future development.

NOVA SCOTIA (THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF) v. POW INVESTMENTS LTD., 86.

## FAULT

Fracture of the hip – Unforeseen epileptic seizure – No presumption of fault.

HÔTEL-DIEU DE MONTRÉAL v. COULOUME, 115.

## HIGHWAYS

Obligation of municipality to keep roads in reasonable state of repair – Removal of crossroad warning sign unknown to county – Failure to discharge duties of inspection and maintenance – The Municipal Government Act, 1968 (Alta.), c. 68, ss. 176, 177, 178 (now R.S.A. 1970, c. 246, s. 178).

PARKLAND, COUNTY OF, NO. 31 v. STETAR *et al.*, 884.

## INJUNCTION

Sale of goods – Haircoloring – Special packaging for professional use – Undertaking signed by distributors – Sale for personal use prohibited – Code of Civil Procedure, Art. 752.

TRUDEL v. CLAIROL INC. OF CANADA, 236.

## INSURANCE (MARINE)

Inchmaree clause – Loss caused by negligence of master covered provided such loss not result of want of due diligence by owner – Unseaworthiness of vessel caused by wrong loading for which master to blame – Proximate cause of casualty – Owner wanting in due diligence – Marine Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 231, s. 41(5).

COAST FERRIES LTD. v. CENTURY INSURANCE CO. OF CANADA *et al.*, 477.

## INTEREST

Calculated from date of judgment at trial – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 52 – The Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 40.

LEVY *et al.* v. MANLEY, 70.

## LABOUR RELATIONS

Union certified as bargaining agent for employees of one hotel and also for employees of another hotel – Employers bargaining jointly with union representing all employees as single group – Strike vote taken of composite group – Majority in favour of strike – Subsequent vote in favour of acceptance of new proposal – Proposal agreed to by one employer but rejected by other employer – One hotel and union on behalf of employees of that hotel entering collective agreement – Strike action taken against other hotel – Whether strike illegal – Mediation Services Act, 1968 (B.C.), c. 26, s. 25(1).

BEVERAGE DISPENSERS & CULINARY WORKERS UNION, LOCAL 835 v. TERRA NOVA MOTOR INN LTD., 749.

## LIMITATION OF ACTIONS

Judgment date – Appeals – Reference to Master – Date of Master's report – The Limitations Act, R.S.O. 1970, c. 246, s. 45.

AUGDOME CORP. LTD. v. GRAY *et al.*, 354.

## MECHANIC'S LIENS

Building project – Cessation of construction work – Bankruptcy of owner – Project subsequently sold and completed – Whether claim for lien by materialman filed within statutory time limit – Meaning of "abandonment" – Mechanic's Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, s. 23(2).

ELIZABETH TOWNHOUSES LTD. v. SIGURDSON, 449.

## MORTGAGES

Penal clause – Invalidity – Interest Act, R.S.C. 1952, c. 156, s. 8 – Civil Code, Art. 1077.

IMMEUBLES FOURNIER INC. *et al.* v. CONSTRUCTION ST-HILAIRE LTÉE., 2.

## MOTOR VEHICLES

1. Accident – Failure to remain at the scene of accident – Touching of vehicles – Whether knowledge of damage or injury relevant – The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 140(1)(a).

HILL v. THE QUEEN, 402.

2. Owner's liability – Liability of registered owner – Determination of ownership at common law – The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 132.

HONAN *et al.* v. GERHOLD *et al.*, 866.

## MUNICIPAL CORPORATIONS

Planning – Zoning By-law – Temporary "holding category" – The Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, ss. 1(h), 35(1), 35(22) – The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, s. 241(2).

SOO MILL & LUMBER CO. LTD. v. CORPORATION OF THE CITY OF SAULT STE-MARIE, 78.

## MUNICIPAL LAW

Operating without a licence – Summonses for breaches of municipal by-law – Issuance of writ of mandamus granted with postponement orders – Motion to strike order referring to further informations and summonses – Code of Civil Procedure, art. 758.

MONTREAL (CITY OF) v. ESQUIRE CLUB INC. *et al.*, 32.

## NEGLIGENCE

1. Occupier's liability – Snowmobiles – Injuries to Snowmobiler – Concealed danger on private road – Duty of occupier to take reasonable care – Trespass – Implied licence.

VEINOT v. KERR-ADDISON MINES LTD., 311.

2. Contributory negligence – Apportionment of fault.

TAYLOR v. ASODY, 414.

3. Head-on collision obstructing highway – Occupants of vehicle injured – Driver of following car running along side of highway to seek aid – Injured by oncoming truck while signalling it to stop – Rescuer entitled to indemnity from original wrongdoer.

COROTHERS v. SLOBODIAN, 633.

4. Inference of negligence by nurse administering injection – Res ipsa loquitur – Rebuttal – Medical evidence – Construction of res ipsa loquitur rule.

WILCOX v. CAVAN, 663.

5. Attribution of fault 75 per cent to one tort-feasor and 25 per cent to other tort-feasor – Nonsuit of plaintiffs in actions against one tort-feasor for failure to give timely notice – Plaintiffs entitled to recover 100 per cent of damages from other tort-feasor – Contribution not recoverable – The Tort-Feasors Act, R.S.A. 1955, c. 336, s. 4(1)(c) (now R.S.A. 1970, c. 365) – The Contributory Negligence Act, R.S.A. 1955, c. 56, s. 3(2) (now R.S.A. 1970, c. 65).

PARKLAND, COUNTY OF, NO. 31 v. STETAR *et al.*, 884.

## PHYSICIANS AND SURGEONS

1. Mandamus – Application for re-appointment to medical staff of a hospital – Request to have witnesses heard at the hearing denied – Audi alteram partem rule – Hospitals Act, R.S.Q. 1964, c. 164 – Regulations, Order in Council No. 288, January 31, 1969, ss. 159, 160 and 169.

ROPER v. ROYAL VICTORIA HOSPITAL *et al.*, 62.

2. Suspension of privileges at hospital – Non-renewal of appointment – Order in Council No. 288 of January 31, 1969 adopted under the Hospitals Act, R.S.Q. 1964, c. 164 – Applicability – Physician's right to reinstatement – Damages.

CORPORATION DE L'HÔPITAL BELLECHASSE v. PILOTTE 454.

3. Negligence – Standard of care – Res ipsa loquitur – Facial paralysis after mastoid operation – Bone chips in nerve canal – Responsibility of surgeon.

EADY v. TENDERENDA, 599.

## PRESCRIPTION

Bodily injuries – Malpractice – X-Ray burns – Civil Code, Art. 2262.2.

HÔPITAL NOTRE-DAME v. PATRY, 388.

## PUBLIC UTILITIES

Water system in municipality owned by company – Application to Public Utilities Board to determine price – Valuation formula – Factors considered – The Municipal Government Act, R.S.A. 1970, c. 246, s. 272.

CALGARY POWER LTD. v. CITY OF CAMROSE, 465.

## REAL PROPERTY

Agreement between joint owners governing operation and development of certain oil properties – Each party given right of first refusal to acquire other party's participating interest – Interest in land not created – Rule against perpetuities not applicable – Entitlement to decree of specific performance.

CANADIAN LONG ISLAND & PETROLEUMS LTD. *et al.* v. IRVING INDUSTRIES LTD., 715.

## STATUTES


1.—Arbitration Act, R.S.N.S., 1967, c. 12 ..... 124
*See:* ARBITRATION

2.—British North America Act, 1867, s. 92(10)(*c*) ..... 151
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

3.—British North America Act, 1867, ss. 91, 101, 133 . 182
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

4.—Builders and Workmen Act, R.S.M. 1970, c. B90, s. 3 ..... 546
*See:* COURTS

5.—Canada Grain Act, R.S.C. 1952, c. 25, s. 174 ..... 151
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

6.—Canadian Bill of Rights, s. 2(*c*)(ii) ..... 574
*See:* CRIMINAL LAW

7.—Canadian Bill of Rights, s. 2(*g*) ..... 624
*See:* CRIMINAL LAW

8.—Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1952, c. 44, s. 45 ..... 151
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

9.—Contributory Negligence Act, R.S.A. 1955, c. 56, s. 3(2) ..... 884
*See:* NEGLIGENCE

10.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 120 ..... 107
*See:* CRIMINAL LAW

11.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 163(2) .... 160
*See:* CRIMINAL CODE

12.—Criminal Code, ss. 283, 294, 295 ..... 201
*See:* CRIMINAL LAW

13.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(*a*)(*i*) ..... 275
*See:* CRIMINAL LAW

14.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 3(4) ..... 294
*See:* CRIMINAL LAW


## STATUTES—Continued


15.—Criminal Code, ss. 312(1)(*a*), 283(1) ..... 306
*See:* CRIMINAL LAW

16.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 331(1)(*a*) ..... 485
*See:* CRIMINAL LAW

17.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 605 ..... 503
*See:* CRIMINAL LAW

18.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(1) .... 560
*See:* CRIMINAL LAW

19.—Criminal Code, ss. 235, 236, 237 ..... 574
*See:* CRIMINAL LAW

20.—Criminal Code, s. 577(1) ..... 624
*See:* CRIMINAL LAW

21.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 450.. 739
*See:* TRESPASS

22.—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 9(1)(*f*), 10, 11(1)(2), 13(3) ..... 507
*See:* DIVORCE

23.—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(1)(*a*), 13(3) ..... 539
*See:* DIVORCE

24.—Evidence Act, R.S.N.B. 1952, c. 74, s. 23C ..... 182
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

25.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 140(1)(*a*) ..... 402
*See:* MOTOR VEHICLES

26.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 132 ..... 866
*See:* MOTOR VEHICLES

27.—Hospital Act, R.S.B.C. 1960, c. 178, s. 37(2) ..... 47
*See:* CONTRACTS

28.—Hospitals Act, R.S.Q. 1964, c. 164 ..... 62
*See:* PHYSICIANS AND SURGEONS

29.—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 83(5) ..... 790
*See:* TAXATION

30.—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 83(3) and (4) ..... 805
*See:* TAXATION

31.—Interest Act, R.S.C. 1952, c. 156, s. 8 ..... 2
*See:* MORTGAGES

32.—Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 40 ..... 70
*See:* APPEAL

33.—Law Society Act, 1970 (Ont.), c. 19, ss. 33, 34, 37, 39 ..... 767
*See:* ADMINISTRATIVE LAW

34.—Limitations Act, R.S.O. 1970, c. 246, s. 45 ..... 354
*See:* LIMITATION OF ACTIONS

35.—Marine Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c.231, s.41(5) ..... 477
*See:* INSURANCE (MARINE)

## STATUTES—Concluded

36.—Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, s. 23(2) ..... 449
*See:* MECHANICS' LIENS

37.—Mediation Services Act, 1968 (B.C.), c. 26, s. 25(1) ..... 749
*See:* LABOUR RELATIONS

38.—Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, s. 241(2) ..... 78
*See:* MUNICIPAL CORPORATIONS

39.—Municipal Government Act, 1968 (Alta.), c. 68, ss. 176, 177, 178 ..... 884
*See:* HIGHWAYS

40.—Municipal Government Act, R.S.A. 1970, c. 246, s. 272 ..... 465
*See:* PUBLIC UTILITIES

41.—Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, s. 5 ..... 414
*See:* APPEAL

42.—Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. 0-2, ss. 11(1), (3), (4) ..... 182
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

43.—Official Languages Act of New Brunswick, 1969 (N.B.), c. 14, s. 14 ..... 182
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

44.—Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, ss. 1(*h*), 35(1), 35(22) ..... 78
*See:* MUNICIPAL CORPORATIONS

45.—Railway Act, R.S.C. 1952, c. 234, s. 381 A [en. 1966-67 (Can.), c. 69, s. 68] ..... 678
*See:* TELEGRAPHS

46.—Residence and Responsibility Act, R.S.B.C. 1960, c. 340, s. 3 ..... 47
*See:* CONTRACTS

47.—Social Assistance Act, R.S.B.C. 1960, c. 360 ..... 47
*See:* CONTRACTS

48.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 52 ..... 70
*See:* APPEAL

49.—Tort-Feasors Act, R.S.A. 1955, c. 336, s. 4(1)(*c*) ..... 884
*See:* NEGLIGENCE

50.—Trustee Act, R.S.A. 1955, c. 346, s. 32 ..... 381
*See:* DAMAGES

## TAXATION

1. Income tax – Exemption – American citizen carrying out a contract in Canada – Canada-United States of America Tax Convention, Article VIIIA – Applicability.

M.N.R. v. STICKEL, 233.

## TAXATION—Concluded

2. New mine – Exemption – Adjacent ore bodies – Successive mining operations by means of separate extraction facilities – Processing by same mill – Right to tax benefit for each ore body – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 as amended, s. 83(5).

M.N.R. v. BETHLEHEM COPPER CORP. LTD., 790.

3. Income Tax – Prospector's exemption – Sale of mining shares to public – Campaign by company controlled by one shareholder – Shareholder sold his own shares during the campaign – Whether campaign carried on by shareholder – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 83(3) and (4).

APPLEBY v. M.N.R., 805.

## TELEGRAPHS

Telegraph message arriving late and in wrong form – Resulting damages – Usual telegram form with terms and conditions endorsed thereon not used – Exemption from liability provision applicable – General Orders 162, 49274, T-40 and M-1 of Board of Transport Commissioners – Railway Act, R.S.C. 1952, c. 234, s. 381A [en. 1966-67 (Can.), c. 69, s. 68].

LINTON (B.G.) CONSTRUCTION LTD. v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO., 678.

## TRESPASS

Police officers forcibly entering appellant's apartment in search of wanted person – Trespass justified on common law principles – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 450 [re-en. R.S.C. 1970, c. 2 (2nd Supp.), s. 5].

ECCLES v. BOURQUE, 739.

## TRIAL

Denial of motion to take case from jury – Inflammatory terms – Adequacy of Judge's direction.

AULD *et al.* v. WALLACE'S MOVING & STORAGE LTD. *et al.*, 820.

## WILLS

Undue influence – Burden of proof – Son preparing will for aged father – Benefits for testator's daughter under previous will and codicils thereto substantially reduced – Undue influence on part of son established.

GOLDSWORTHY v. THOMPSON, 271.

# INDEX

## APPEL

1. Cour suprême du Canada – Conclusions concordantes sur les faits – Jugement oral de la Cour d'appel – Appréciation de la valeur des conclusions concordantes à la lumière du jugement oral.

LEVY *et al.* C. MANLEY, 70.

2. Modification de la répartition de la négligence par la Cour d'appel – The Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, art. 5.

TAYLOR C. ASODY, 414.

3. Jury – Crédibilité – Fonction du jury – Le verdict était-il contraire au poids de la preuve? – Critère que la cour d'appel doit appliquer.

AULD *et al.* C. WALLACE'S MOVING & STORAGE LTD. *et al.*, 820.

4. Demandeur blessé par suite d'un plongeon dans un étang de forme ovale, dans un parc public – Le jury n'a pas agi de façon judiciaire, selon la preuve, en concluant à la négligence de l'exploitante du parc – Verdict infirmé.

VANCOUVER-FRASER PARK C. OLMSTEAD, 831.

## ARBITRAGE

Dépossession de compétence – Effet et interprétation de la clause «Scott et Avery» – Recours à l'arbitrage, une condition préalable – Arbitration Act, R.S.N.S. 1967, c. 12.

DEUTERIUM OF CANADA LTD. *et al.* C. BURNS & ROE INC. *et al.*, 124.

## ASSURANCE (MARITIME)

Clause Inchmaree – La perte résultant de la négligence du capitaine est couverte pourvu que cette perte n'ait pas résulté d'un manque de diligence raisonnable de la part du propriétaire – Mauvais état de navigabilité du navire provoqué par un mauvais chargement dont est responsable le capitaine – Cause immédiate du sinistre – Propriétaire ayant manqué de diligence raisonnable – Marine Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 231, art. 41(5).

COAST FERRIES LTD. C. CENTURY INSURANCE OF CANADA *et al.*, 477.

## AUTOMOBILE

1. Accident – Omission de rester sur les lieux de l'accident – Véhicules qui se touchent – La connaissance des dommages ou du préjudice est-elle pertinente? – Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 140(1)a).

HILL C. LA REINE, 402.

2. Responsabilité du propriétaire – Responsabilité du propriétaire enregistré – Qui était propriétaire selon la Common Law? – The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 132.

HONAN *et al.* C. GERHOLD *et al.*, 866.

## AUTOMOBILE—Fin

## AVOCATS ET PROCUREURS

Discipline – Inconduite professionnelle – Enquête et rapport du comité de discipline – Nature des procédures de l'assemblée examinant le rapport du comité – Droit des Benchers de siéger sur le comité et de participer également à l'assemblée.

LAW SOCIETY OF UPPER CANADA C. FRENCH, 767.

## CHEMINS PUBLICS

Obligation de la municipalité de tenir les routes en raisonnable état d'entretien – Enlèvement d'un panneau d'avertissement sans que le Comté en ait connaissance – Défaut de s'acquitter des obligations d'inspection et d'entretien – The Municipal Government Act, 1968 (Alberta), c. 68, art. 176, 177, 178 (maintenant R.S.A. 1970, c. 246, art. 178).

PARKLAND, COMTÉ DE, NO. 31 C. STETAR *et al.*, 884.

## CODE CIVIL

1.—Article 1077 (Dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations) ..... 2
*Voir:* HYPOTHÈQUE

2.—Article 2262.2 (Prescription) ..... 388
*Voir:* PRESCRIPTION

## CODE DE PROCÉDURE CIVILE

1.—Article 752 (Injonction) ..... 236
*Voir:* INJONCTION

2.—Article 758 (Injonction) ..... 32
*Voir:* DROIT MUNICIPAL

## CONTRAT

1. «Quantum meruit» – Hôpital privé fournissant des services aux assistés sociaux – Action intentée pour la différence entre les montants réclamés par l'hôpital et les montants effectivement payés par la Ville – L'hôpital est-il privé de son droit par certains décrets – Hospital Act, R.S.B.C. 1960, c. 178, art. 37(2) – Social Assistance Act, R.S.B.C. 1960, c. 360 – Resi-

## CONTRAT—Fin

dence and Responsibility Act, R.S.B.C. 1960, c. 340, art. 3 – Décrets 3103, 4399, 4400.

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA) *et al.* c. PARKLANE PRIVATE HOSPITAL LTD., 47.

2. Construction – Contrats conclus par entrepreneur avec ingénieur civil et compagnie de béton – Béton non conforme au devis – Dommages – Responsabilité – Étendue et nature.

BILODEAU c. BERGERON ET FILS LTÉE, 345.

3. Interprétation – Énumération incomplète dans la clause-dispositif – Intention des parties – Admissibilité de la preuve – Rectification.

AUGDOME CORP. LTD. c. GRAY *et al.*, 354.

4. Contrat de construction – Violation de contrat – Obligation de l'entrepreneur – Plan défectueux de l'architecte – Responsabilité de l'entrepreneur.

BRUNSWICK CONSTRUCTION LTÉE c. NOWLAN, 523.

## DIVORCE

1. Jugement conditionnel – Jugement assujetti à une disposition particulière – Mesure accessoire – Pouvoir des tribunaux de rendre des jugements conditionnels assujettis à des dispositions particulières – Jugement conditionnel prévoyant une garantie suffisante pour assurer les paiements d'entretien – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 9(1) f), 10, 11(1) (2), 13(3).

NASH c. NASH, 507.

2. Entretien – Question soulevée avant jugement conditionnel – Pouvoir de juger de cette question après jugement irrévocable – Jugements conditionnel et irrévocable avec mention «Autres droits réservés» – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 11(1)(a), 13(3).

LAPOINTE c. KLINT, 539.

3. Cruauté – Douze années de mariage paisible durant lesquelles l'épouse a pratiqué la religion de son mari – L'épouse se remet à pratiquer sa religion et elle en inculque les principes à ses enfants malgré les objections de son époux – Une dispute familiale s'ensuit – Le juge de première instance accorde à l'époux un jugement conditionnel de divorce ainsi que la garde des enfants et il rejette la requête incidente de l'épouse – La Division d'appel casse le jugement de première instance sans prononcer aucun motif de jugement – Les conclusions du juge de première instance n'ont pas fait abstraction de la preuve ou n'ont pas été basées sur une appréciation erronée des contradictions dans les témoignages – Jugement de première instance rétabli.

RETZER c. RETZER, 881.

## DOMMAGES

Quantum – Révision de l'adjudication par la cour d'appel.

HONAN *et al.* c. GERHOLD *et al.*, 886.

## DOMMAGES-INTÉRÊTS

Le de cujus est mort dans un accident d'automobile – Dommages-intérêts pour perte d'expectative de vie – Quantum – La perte des agréments de la vie ne peut être considérée comme un chef de dommages additionnel – The Trustee Act, R.S.A. 1955, c. 346, art. 32 (devenu The Administration of Estates Act, R.S.A. 1970, c. 1, art. 51).

CROSBY c. O'REILLY *et al.*, 381.

## DROIT ADMINISTRATIF

Justice naturelle – Partialité – Membres du comité de discipline participant à l'assemblée examinant le rapport du comité – Law Society Act, 1970 (Ont.), art. 33, 34, 37, 39.

LAW SOCIETY OF UPPER CANADA c. FRENCH, 767.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Validité des déclarations faites à l'art. 174 de la Loi sur les grains du Canada, S.R.C. 1952, c. 25 (maintenant S.R.C. 1970, c. G-16) et à l'art. 45 de la Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1952, c. 44 (maintenant S.R.C. 1970, c. C-12) – Sont-elles applicables à l'élévateur à graines de colza? – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(10)c).

CHAMNEY c. LA REINE, 151.

2. Validité des lois – Langues officielles – Compétence du Parlement – Compétence des législatures provinciales – Loi sur les langues officielles, R.S.C. 1970, c. 0-2, art 11(1), (3), (4) – Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, 1969 (N.B.), c. 14, art. 14 – The Evidence Act, R.S.N.B. 1952, c. 74, art. 23C – L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91, 101, 133.

JONES c. PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 182.

3. Droits civils – Procès criminel – Droit aux services d'un interprète durant l'exposé du juge au jury.

ONTARIO, LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'C. REALE, 624.

## DROIT CRIMINEL

1. Tentative de meurtre – Directives au jury – «Vous devez être unanimes quant à tout verdict que vous allez rendre» – «Les douze que vous êtes devez tous convenir de la culpabilité ou de l'acquittement . . .»

HARRISON c. LA REINE, 95.

2. Parjure – Inculpé déclarant qu'il ne pouvait pas se souvenir des événements qu'il avait décrits dans sa déclaration à la police – Est-ce que le faux témoignage, que l'accusé savait faux, a été rendu avec l'intention de tromper la Cour – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 120.

WOLF c. LA REINE, 107.

## DROIT CRIMINEL—Suite

3. Stupéfiants – Possession – Porte de l'appartement forcée par la police après avoir été fermée par l'inculpé – Inculpé se tenant debout dans le vivoir – Odeur de haschisch – Autre personne trouvée dans la salle de bain essayant de se débarrasser de la drogue – Découverte d'une paille en plastique contenant un résidu de haschisch – Conclusion inévitable et irréfragable que cette autre personne était en possession de drogues avec le consentement et la connaissance de l'inculpé.

FULLER c. LA REINE, 121.

4. Avoir dansé nue dans un cabaret devant des spectateurs payants – S'agit-il d'un spectacle immoral au sens du Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 163(2)?

JOHNSON c. LA REINE, 160.

5. Vol d'automobile – «Joy-riding» – S'agit-il d'une infraction comprise? – S'agit-il d'infractions qui s'excluent mutuellement? – Éléments du vol – Code criminel, art. 283, 294, 295.

LAFRANCE c. LA REINE, 201.

6. Meurtre – Complice après le fait – Plaidoyer de culpabilité par auteur du crime – Admissibilité en preuve contre le complice – Connaissance coupable – Preuve indirecte.

R. c. VINETTE, 222.

7. Déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation de meurtre non qualifié – Appel – Application de l'art. 613(1)a)(i) du Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34.

CORBETT c. LA REINE, 275.

8. Vol qualifié et possession d'une automobile volée – Preuve indirecte – Directives au jury – Indications quant au droit applicable lorsqu'il s'agit de déterminer si les deux accusés avaient certains articles en leur possession – Les indications concernant l'application du par. (4) de l'art. 3 du Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, étaient-elles erronées?

R. c. LOVIS; R. c. MONCINI, 294.

9. Possession – Marchandises obtenues par la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation – Droits de détenteurs de contrats de vente conditionnelle – Devoir du juge d'instruire le jury sur la signification de «obtenue» – Code criminel, art. 312(1)a), 283(1).

R. c. MARONEY, 306.

10. Plaidoyer de culpabilité au procès – Devoir du juge de première instance – Avocat de service de l'aide juridique – Discrétion du juge de première instance d'entendre des témoignages.

ADGEY c. LA REINE, 426.

11. Menace verbale de causer des blessures faite face à face – N'est pas une infraction au Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 331(1)a).

R. c. NABIS, 485.

12. Avis d'appel signé par un «agent» du Procureur général – Avis d'appel valide – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 605.

R. c. BADALL, 503.

13. Preuve-Ordre d'exclusion des témoins – Témoins du ministère public qui refusent d'obtempérer et à qui l'on permet de témoigner – Le juge du procès se réserve expressément la question du poids à accorder au témoignage, reçu en contre-preuve, d'un témoin seulement – S'agit-il d'une erreur de droit? – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 618(1).

DOBBERTHIEN c. LA REINE, 560.

14. Véhicules à moteur – Ivressomètre – Négation du droit à un avocat – Recevabilité du certificat d'analyse – Code criminel, art. 235, 236, 237 – Déclaration canadienne des droits, art. 2 c)(ii).

HOGAN c. LA REINE, 574.

15. Droit aux services d'un interprète refusé par le juge de première instance en raison de la possibilité de distraction pour le jury – Code criminel, art. 577(1) – Déclaration canadienne des droits, art. 2g).

ONTARIO, LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L' c. REALE, 624.

## DROIT MUNICIPAL

Opérations sans permis – Sommations pour infractions à règlement municipal – Émission de bref de mandamus accordée avec ordonnances de sursis – Requête pour rayer ordonnance replaintes et sommations supplémentaires – Code de procédure civile, art. 758.

MONTRÉAL (VILLE DE) c. ESQUIRE CLUB INC. *et al.*, 32.

## EXPROPRIATION

Indemnité – Valeur d'aménagement pour aménagement probable – Usage le plus rénumérateur et le plus rationnel – Valeur actuelle des potentialités d'aménagement.

NOUVELLE-ÉCOSSE (LA REINE DU CHEF DE LA PROVINCE DE LA) c. POW INVESTMENTS LTD., 86.

## FAUTE

Fracture de la hanche – Épisode épileptique imprévu – Aucune présomption de faute.

HÔTEL-DIEU DE MONTRÉAL c. COULOUME, 115.

## FIN DE NON-RECEVOIR

Bénéfice découlant de construction par une compagnie contrôlée – Cotisation – Prétendue dette du contribuable envers la compagnie – Bref de saisie «in extent» contre la contribuable en tant que débitrice de la compagnie – Le principe de l'«issue estoppel» est-il applicable.

ANGLE c. M.R.N., 248.

## HYPOTHÈQUE

Clause pénale – Invalidité – Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1952, c. 156, art. 8 – Code civil, art. 1077.

IMMEUBLES FOURNIER INC. *et al.* c. CONSTRUCTIONS ST-HILAIRE LTÉE, 2.

## IMMEUBLES

Entente entre copropriétaires prévoyant l'exploitation et l'aménagement de biens-fonds pétrolifères – Chaque partie possède un droit de préemption relativement à l'acquisition de la part de l'autre partie – Aucun droit sur un bien-fonds n'est créé – Inapplicabilité de la règle contre la pérennité des droits contingents – Droit à l'exécution même du contrat.

CANADIAN LONG ISLAND PETROLEUMS LTD. *et al.* c. IRVING INDUSTRIES LTD., 715.

## INJONCTION

Vente – Colorant capillaire – Emballage, différent pour usage professionnel – Marché distinct – Engagement signé par distributeurs – Vente pour usage personnel interdite – Code de procédure civile, art. 752.

TRUDEL C. CLAIROL INC. OF CANADA, 236.

## INTÉRÊT

Calculé à compter de la date du jugement de première instance – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 52 – The Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, art. 40.

LEVY *et al.* C. MANLEY, 70.

## LETTRES DE CHANGE

Billet à ordre – Signature – Signé par l'actionnaire majoritaire d'une compagnie au-dessous du nom estampé de la compagnie – L'actionnaire majoritaire est-il personnellement engagé? – Contrepartie – Billet pour la dette du souscripteur et la dette d'un tiers – Responsabilité du souscripteur.

J.D.F. BUILDERS LTD. C. PEARL, 846.

## LOIS

1.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91, 101, 133 ..... 182
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

2.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(10)*c*) ..... 151
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

3.—Arbitration Act, R.S.N.S. 1967, c. 12 ..... 124
*Voir:* ARBITRAGE

## LOIS—Suite

4.—Builders and Workmen Act, R.S.M. 1970, c. B90, art. 3 ..... 546
*Voir:* TRIBUNAUX

5.—Code criminel, art. 235, 236, 237 ..... 574
*Voir:* DROIT CRIMINEL

6.—Code criminel, art. 283, 294, 295 ..... 201
*Voir:* DROIT CRIMINEL

7.—Code criminel, art. 577(1) ..... 624
*Voir:* DROIT CRIMINEL

8.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 3(4) ..... 294
*Voir:* DROIT CRIMINEL

9.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 25 et 450 739
*Voir:* TRESPASS

10.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 120 ..... 107
*Voir:* DROIT CRIMINEL

11.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 163(2) .. 160
*Voir:* DROIT CRIMINEL

12.—Code criminel, art. 312(1)*a*), 283(1) ..... 306
*Voir:* DROIT CRIMINEL

13.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 331(1)*a*) ..... 485
*Voir:* DROIT CRIMINEL

14.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 604 ..... 503
*Voir:* DROIT CRIMINEL

15.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 613(1)*a*)(i) ..... 275
*Voir:* DROIT CRIMINEL

16.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 618(1) .. 560
*Voir:* DROIT CRIMINEL

17.—Contributory Negligence Act, R.S.A. 1955, c. 56, art. 3(2) ..... 884
*Voir:* NÉGLIGENCE

18.—Déclaration canadienne des droits, art. 2*c*)(ii) ..... 574
*Voir:* DROIT CRIMINEL

19.—Déclaration canadienne des droits, art. 2 *g*) ..... 624
*Voir:* DROIT CRIMINEL

20.—Evidence Act, R.S.N.B. 1952, c. 74, art. 23C ..... 182
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

21.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 140(1)*a*) ..... 402
*Voir:* AUTOMOBILE

22.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 132 ..... 866
*Voir:* AUTOMOBILE

23.—Hospital Act, R.S.B.C. 1960, c. 178, art. 37(2) ..... 47
*Voir:* CONTRAT

24.—Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, art. 40 ..... 70
*Voir:* INTÉRÊT

## LOIS—Suite

25.—Law Society Act, 1970 (Ont.), c. 19, art. 33, 34, 37, 39 ..... 767
*Voir:* DROIT ADMINISTRATIF

26.—Limitations Act, R.S.O. 1970, c. 246, art. 45 ..... 354
*Voir:* PRESCRIPTION DES ACTIONS

27.—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 83(3) et (4) ..... 805
*Voir:* REVENU

28.—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 83(5) ..... 790
*Voir:* REVENU

29.—Loi des chemins de fer, S.R.C. 1952, c. 234, art. 381A [éd. 1966-67 (Can.), c. 69, art. 68] ..... 678
*Voir:* TÉLÉGRAPHES

30.—Loi des hôpitaux, S.R.Q. 1964, c. 164 ..... 62
*Voir:* MÉDECIN ET CHIRURGIEN

31.—Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1952, c. 44, art. 45 ..... 151
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

32.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 52 ..... 70
*Voir:* INTÉRÊT

33.—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 9(1)*f*), 10, 11(1)(2), 13(3) ..... 507
*Voir:* DIVORCE

34.—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 11(1)*a*), 13(3) ..... 539
*Voir:* DIVORCE

35.—Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1952, c. 156, art. 8 ..... 2
*Voir:* HYPOTHÈQUE

36.—Loi sur les grains du Canada, S.R.C. 1952, c. 25, art. 174 ..... 151
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

37.—Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, c. O-2, art. 11(1), (3), (4) ..... 182
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

38.—Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, 1969 (N.B.), c. 14, art. 14 ..... 182
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

39.—Marine Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 231, art. 41(5) ..... 477
*Voir:* ASSURANCE (MARITIME)

40.—Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, art. 23(2) ..... 449
*Voir:* PRIVILÈGES DE FOURNISSEUR

41.—Mediation Services Act, 1968 (B.C.), c. 26, s. 25(1) ..... 749
*Voir:* RELATIONS DE TRAVAIL

42.—Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, art. 241(2) ... 78
*Voir:* MUNICIPALITÉS

43.—Municipal Government Act, 1968 (Alta.), c. 68, art. 176, 177, 178 ..... 884
*Voir:* CHEMINS PUBLICS

## LOIS—Fin

44.—Municipal Government Act, R.S.A. 1970, c. 246, art. 272 ..... 465
*Voir:* SERVICES PUBLICS

45.—Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, art. 5 ..... 414
*Voir:* APPEL

46.—Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, art. 1*h*), 35(1), 35(22) ..... 78
*Voir:* MUNICIPALITÉS

47.—Residence and Responsibility Act, R.S.B.C. 1960, c. 340, art. 3 ..... 47
*Voir:* CONTRAT

48.—Social Assistance Act, R.S.B.C. 1960, c. 360 ..... 47
*Voir:* CONTRAT

49.—Tort-Feasors Act, R.S.A. 1955, c. 336, art. 4(1)*c*) 884
*Voir:* NÉGLIGENCE

50.—Trustee Act, R.S.A. 1955, c. 346, s. 32 ..... 381
*Voir:* DOMMAGES-INTÉRÊTS

## MÉDECINS ET CHIRURGIENS

1. Mandamus – Demande de ré-admission au bureau médical d'un hôpital – Requête pour faire entendre témoins à l'audition refusée – Maxime «Audi alteram partem» – Loi des hôpitaux, S.R.Q. 1964, c. 164 – Règlements, arrêté en conseil no. 288, 31 janvier 1969, art. 159, 160, 169.

ROPER C. ROYAL VICTORIA HOSPITAL *et al.*, 62.

2. Suspension de privilèges dans hôpital – Non-renouvellement de nomination – Arrêté-en-conseil no. 288 du 31 janvier 1969 adopté en vertu de la Loi des hôpitaux, S.R.Q. 1964, c. 164 – Applicabilité – Droit du médecin à la réintégration – Dommages.

CORPORATION DE L'HÔPITAL BELLECHASSE C. PILOTTE, 454.

3. Négligence – Norme de soin – Res ipsa loquitur – Nerf facial paralysé après une mastoïdectomie – Éclats d'os dans le nerf du canal – Responsabilité du chirurgien.

EADY C. TENDERENDA, 599.

## MUNICIPALITÉS

Urbanisme – Zonage temporaire – «Catégorie réservée» – The Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, art. 1h) 35(1), 35(22) – The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, art. 241(2).

SOO MILL & LUMBER CO. LTD. C. SAULT STE-MARIE, 78.

## NÉGLIGENCE

1. Responsabilité d'occupant – Motoneige – Conducteur blessé – Danger dissimulé sur un chemin privé – Devoir de l'occupant d'apporter un soin raisonnable – Intrus – Autorisation implicite.

VEINOT C. KERR-ADDISON MINES LTD., 311.

## NÉGLIGENCE—Fin

2. Négligence contributive – Répartition de la responsabilité.

TAYLOR c. ASODY, 414.

3. Collision frontale obstruant la route – Passagers blessés dans un véhicule – La conductrice d'une voiture qui suivait court le long de la route pour chercher du secours – Blessée par un camion alors qu'elle fait signe d'arrêter – Le sauveteur a recours contre l'auteur de la collision.

COROTHERS c. SLOBODIAN, 633.

4. Allégation de négligence contre une infirmière alors qu'elle pratiquait une injection – Res ipsa loquitur – Réplique – Preuve médicale – Interprétation de la règle res ipsa loquitur.

WILCOX c. CAVAN, 663.

5. Imputation de 75 pour cent de la responsabilité à un auteur du délit et de 25 pour cent à l'autre – Actions contre un auteur du délit déboutées en raison du défaut de donner l'avis en temps utile – Droit des demandeurs de recouvrer 100 pour cent des dommages de l'autre auteur du délit – Quote-part non recouvrable – The Tort-Feasors Act, R.S.A. 1955, c. 336, art. 4(1)c) (maintenant R.S.A. 1970, c. 365). The Contributory Negligence Act, R.S.A. 1955, c. 56, art. 3(2) (maintenant R.S.A. 1970, c. 65).

PARKLAND, COMTÉ DE, NO. 31 c. STETAR *et al.*, 884.

## PRESCRIPTION

1. Prescription des actions – Date du jugement – Appels – Renvoi au Master – Date du rapport du Master – The Limitations Act, R.S.O. 1970, c. 246, art. 45.

AUGDOME CORP. LTD. c. GRAY *et al.*, 354.

2. Lésions ou blessures corporelles – Faute professionnelle – Brûlure par radiations – Code civil, art. 2262.2.

HÔPITAL NOTRE-DAME c. PATRY, 388.

## PREUVE

Succession ab intestat – L'appelante était-elle la fille légitime du défunt? – Exposé de demande et transaction concernant une action contre le défunt de part de la mère de l'appelante pour gages en tant que femme de ménage – Recevabilité de l'exposé de demande et de la transaction.

PORTEOUS c. DORN *et al.*, 37.

## PRIVILÈGES DE FOURNISSEUR

Projet de construction – Cessation des travaux de construction – Faillite du propriétaire – Projet subséquemment vendu et complété – Une réclamation de privilège par un fournisseur de matériaux a-t-elle été déposée dans le délai légal? – Sens de «abandon» – Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, art. 23(2).

ELIZABETH TOWNHOUSES LTD. c. SIGURDSON, 449.

## PROCÈS

Refus de faire droit à la motion demandant de retirer l'affaire du jury – Propos incendiaires – Justesse des directives du juge.

AULD *et al.* c. WALLACE'S MOVING & STORAGE LTD. *et al.*, 820.

## RELATIONS DE TRAVAIL

Le syndicat est l'agent négociateur accrédité des employés d'un hôtel et aussi des employés d'un autre hôtel – Les employés négocient conjointement avec le syndicat représentant tous les employés à titre de groupe unique – Groupe invité à prendre part à un vote de grève – La majorité vote en faveur de la grève – Vote ultérieur en faveur de l'acceptation d'une nouvelle proposition – La proposition est acceptée par un employeur mais rejetée par l'autre employeur – Un hôtel et le syndicat, au nom des employés de cet hôtel, signent une convention collective – Les employés de l'autre hôtel déclenchent la grève – S'agit-il d'une grève illégale? – Mediation Services Act, 1968 (C.-B.), c. 26, art. 25(1).

BEVERAGE DISPENSERS & CULINARY WORKERS UNION, LOCAL 835 c. TERRA NOVA MOTOR INN LTD., 749.

## REVENU

1. Impôt sur le revenu – Exemption – Citoyen américain remplissant contrat au Canada – Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis, art. VIIIA – Applicabilité.

M.N.R. c. STICKEL, 233.

2. Nouvelle mine – Exemption – Gisements adjacents – Exploitation successive par installations différentes – Traitement par la même usine – Droit à l'avantage fiscal pour chaque gisement – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148 et ses amendements, art. 83(5).

M.N.R. c. BETHLEHEM COPPER CORP. LTD., 790.

3. Impôt sur le revenu – Exemption de prospecteur – Vente d'actions minières au public – Campagne de vente par compagnie contrôlée par un actionnaire – Actionnaire vend ses propres actions pendant la campagne – S'agit-il d'une campagne faite par l'actionnaire – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 83(3), (4).

APPLEBY c. M.R.N., 805.

## SERVICES PUBLICS

Système d'aqueduc de la municipalité, propriété de la compagnie – Demande à la Commission des services publics de fixer le prix – Formule d'évaluation – Éléments à considérer – The Municipal Government Act, R.S.A. 1970, c. 246, art. 272.

CALGARY POWER LTD. c. LA VILLE DE CAMROSE, 465.

## TÉLÉGRAPHES

Télégramme livré en retard et sur formule inhabituelle – Dommages encourus – La formule ordinaire de télégramme au verso de laquelle sont énoncées les conditions n'a pas été utilisée – Application de la clause d'exemption de responsabilité – Ordonnances générales No. 162, 49274, T-40 et M-1 de la Commission des transports du Canada – Loi des chemins de fer, S.R.C. 1952, c. 234, art. 381A [ed. 1966-67 (Can.) c. 69, art. 68].

LINTON (B.G.) CONSTRUCTION LTD. C. LA COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA, 678.

---

## TESTAMENTS

Influence indue – Fardeau de la preuve – Fils rédigeant un testament pour son père âgé – Les avantages pour la fille du testateur en vertu d'un testament antérieur réduits considérablement – Preuve d'influence indue de la part du fils intimé.

GOLDSWORTHY C. THOMPSON, 271.

## TRESPASS

Officiers de police qui sont entrés par la force dans l'appartement de l'appelant pour y appréhender une personne recherchée par la police – Le trespass est justifié d'après les principes de la common law – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 25 et 450 [réédicté S.R.C. 1970, c. 2 (2e Supp.), art. 5.]

ECCLES C. BOURQUE, 739.

---

## TRIBUNAUX

1. Stare decisis – La seule uniformité qui s'impose parmi les cours d'appel provinciales est celle qui résulte des arrêts de la Cour suprême du Canada.

WOLF C. LA REINE, 107.

2. Compétence – Ordonnance d'un tribunal provincial ayant pour objet de statuer sur des biens déjà soumis à une ordonnance régulière d'un autre tribunal provincial – Ordonnance désapprouvée par la Cour suprême du Canada – La Cour suprême n'est pas en mesure de statuer sur la validité d'une saisie-arrêt effectuée dans une autre province – The Builders and Workmen Act, R.S.M. 1970, c. B90, art. 3.

LA BANQUE DE MONTRÉAL C. METROPOLITAN INVESTIGATION & SECURITY (CANADA) LTD., 546.